UNIVERSA

CIVILIS ET CRIMINALIS

JURISPRUDENTIA

AUCTORE

THOM. MAURITIO RICHERI

UNIVERSA
CIVILIS ET CRIMINALIS
JURISPRUDENTIA

JUXTA SERIEM INSTITUTIONUM

EX NATURALI ET ROMANO JURE DEPROMTA

ET

AD USUM FORI PERPETUO ACCOMMODATA

AUCTORE

THOM. MAURITIO RICHERI

EDITIO TERTIA

OMNI, QUA LICUIT, CURA ATQUE LABORE INDEFESSO,
A QUAMPLURIMIS, IN NOTIS PRAECIPUE,
MENDIS, FALSISQUE ALLEGATIONIBUS REPURGATA, ET CORRECTA.

TOMUS I.

LAUDE POMPEJA
E TYP. JOANN. BAPTISTAE ORCESI
MDCCCXXVI.

PRÆFATIO.

Quae sit hujus operis ratio, et quo animi consilio singulas *Civilis, et Criminalis Jurisprudentiae* partes exponendans susceperim, satis constat ex ejusdem operis prospectu, quem nuper evulgavi. Cum eorum caussa praecipue elaboratum sit, qui caussis in foro agendis student, Romanae profecto leges, quae sapientum omnium judicio genuinae, et solidae Jurisprudentiae fons, et basis sunt, explicandae fuerunt. Sed quia non omnes ex jureconsultorum sententiis, vel Imperatorum placitis derivatae sanctiones ad jus naturale pertinent: imo plures sunt, quae a prudenti legislatoris arbitrio pendent; potissimum demonstrare in animo fuit, quae ex illis adhuc vigeant, quaeque exoleverint, vel immutationem passae sint; utpote hodierni fori instituto, cujusque populi moribus, indoli, locorum, et temporum adjunctis minus convenientes. Quamquam, ne hinc praetermittere viderer, quod scitu utile sit, inde vero tempus terere in priscis rebus investigandis, levi calamo attigi eas, quarum vix aliquis superest usus, nec in illis explicandis immoratus sum, nisi quatenus lucem caeteris sunt allaturae.

Quod ad rerum ordinem spectat, satius visum fuit, Justiniani Institutiones tradentis vestigiis inhaerere; quia methodus haec obvia, facilis, et satis apta sit: quamquam, ut in aliquibus ab ea paullisper recederetur, rerum tractandarum series postulavit. Ad titulos ergo Institutionum Imperialium omnia revocantur, quaecumque et fusius habentur in Pandectis, Codice, et Novellis.

Cum autem scire leges, ut sapienter admonet Celsus (1), non hoc sit, earum verba tenere, sed vim, ac potestatem, in primis omnem operam contuli, ut cujusque rei perspicua sit definitio, atque accurata in suas partes divisio: tum et in unoquoque rerum argumento, quantum licuit, intimum legis sensum jure naturali, et recta ratione duce perscrutatus sum: *Non omnium enim*, Juliano non refragamur, idest aliquorum, sicuti philosophi omnes verba haec interpretantur, *quae a majoribus constituta sunt,*

(1) *L. Scire* 16. *ff. de legib.*

ratio reddi potest (2); plerorumque attenta consideratione dignoscitur (3). Atque, ut facilius ad haec perveniatur, in ipso operis limine regulae exponuntur, quae in legum cujuscumque generis interpretatione, earumque usu, seu applicatione servari debent: tum et rationes demonstrantur, quibus dubia testatorum, vel contrahentium verba manifesta fiant. Atque ex his omnibus singulares facti quaestiones, quae sigillatim enumerari nequeunt, totius solventur: tum etiam percipi poterunt generalium regularum exceptiones, et ampliationes, quarum tamen praecipuas suis locis retulimus. Postremo, cum necessitas, vel utilitas suasit, animadversiones post paragraphos, ne institutus sermo perperam intercideretur, adjectae sunt, quibus luculentius declarantur, quae prius tradita fuerunt.

En totius instituti, et consilii rationem. Quo exitu perfecerim, penes te, benovole lector, arbitrium sit. Gravissimum sane onus suscepi; sed nec improbo labori peperci. Ergo, quod minus recte dictum existimabis, humaniter excusa: si vero aliquid esse videatur, quod tibi profuturum sit, id totum acceptum referas Supremo bonorum omnium Largitori.

Praenotanda I. Cum res, quae in quolibet volumine pertractantur, continuis paragraphis distinctae sint, ut facilius in memoriam revocentur, quae jam tradita fuerunt, et cujusque argumenti sedes definite ostendatur, paragraphi in eodem volumine contenti sine additamento allegantur: caeteris adjungitur numerus, indicans volumen, in quo continentur; et littera *D* iis, ex quibus Disputatio constat.

II. Signum hoc †, quod post Fabri definitiones in allegationibus, Thesauri decisiones, vel quaestiones etc. adjicimus, significat, ita judicasse Senatum.

III. Numeri inter haec signa ( ) positi librum, et titulum Corporis Juris demonstrant, quo allati textus continentur.

IV. Tandem numeri initio cujusque capitis, et rursus in margine constituti, exhibent libros, et titulos Institutionum, Digestorum, et Codicis, ex quibus fere decerpta sunt rerum argumenta, quae in eodem capite explicantur.

---

(2) *L. Non omnium* 20, *ff. eod. tit.*

(3) *Ex legibus, quibus Jurisprudentia constat, quaedam a jure naturali dimanant, aliae ex Principum arbitrio pendent, ut suo loco ostendimus. Illarum ratio semper innotescere potest: posteriorum aliquando obscura est; quod tamen non ita saepe contingit. V. infra* §. 70. *et seqq.*

DISPUTATIO

DE LEGUM INTERPRETATIONE, ET USU, SEU APPLICATIONE,

ATQUE

DE INTERPRETATIONE CONTRACTUUM, ET ULTIMARUM VOLUNTATUM.

SUMMARIA.

Ratio, seu finis hujus disputationis. §. 1. *Ordo, et partitio* §. 2.

§. 1.

Cum omnes fere controversiae, quae potissimum in foro, non sine gravissimo privatae, et publicae rei detrimento, instituuntur, et in quibus definiendis magna animorum contentione disceptatur, ex tribus caussis ortum habeant: nimirum, vel ex perversa legum interpretatione, vel ex minus recta earundem applicatione, seu accommodatione, vel demum ex neglecta voluntatis indagatione in explicandis contrahentium, vel testatorum verbis, opportunum duximus, antequam singulas Jurisprudentiae partes pertractandas aggrediamur, de legum interpretatione, atque applicatione strictim disserere; tum et regulas subjicere, quibus ad assequendam contrahentium, atque testatorum mentem perveniatur.

§. 2.

Quare disputationem hanc in tres partes tribuemus. Prima erit de legum interpretatione, secunda de legum usu, seu applicatione; tertia de interpretatione contractuum, atque ultimarum voluntatum. Primam insuper partem clarioris doctrinae gratia in tria capita dividemus: in quorum primo agemus de interpretatione legum in genere: in altero de juris Romani singulari interpretatione disseremus: in tertio denique expendemus regulas, quae specialiter servandae sunt in interpretatione legum municipalium.

PARS PRIMA

DE LEGUM INTERPRETATIONE.

CAPUT I.

De interpretatione legum in genere.

SUMMARIUM.

Exponitur singularis divisio hujus capitis. §. 3.

§ 3.

Ut omnia, quae ad legum interpretationem generaliter pertinent, complectamur, expendemus, quid sit interpretatio, et quotuplex: tum quae sint regulae interpretationis; atque de aequitate servanda in legum interpretatione speciatim dicemus. Postremo leges recensebimus, quae utplurimum extensionem, vel restrictionem admittunt. Tres ergo erunt hujusce capitis sectiones.

SECTIO I.

Quid, et quotuplex sit interpretatio.

SUMMARIA.

Interpretationis definitio. §. 4.
Recensentur diversae interpretationis species. §. 5.
Quae interpretatio dicatur authentica, usualis, vel doctrinalis. §. 6.
Interpretatio authentica caeteris praestat. §. 7.
Interpretationis usualis, et doctrinalis auctoritas. §. 8.
Cur interpretatio etiam dividatur in declarativam, extensivam, et restrictivam. §. 9.
Explicantur tres hae interpretationis species. §. 10.
Exemplum interpretationis declarativae ex lege naturali. §. 11.
Exemplum interpretationis extensivae. §. 12.
Exemplum interpretationis restrictivae. §. 13.
Exemplum interpretationis declarativae ex jure civili de restitutione in integrum. §. 14.
Exemplum interpretationis extensivae. §. 15.
Exemplum interpretationis restrictivae. §. 16.

§. 4.

Interpretatio nihil aliud est, quam legis obscurae, vel ambiguae explicatio; atque ab usu differt, quatenus usus, seu applicatio est legis per se, seu ope interpretationis jam manifestae, ad singularem facti speciem applicatio, seu accommodatio. Scilicet interpretatio vim legis, seu legislatoris voluntatem ostendit, sed in abstracto: usus vero legis sententiam singularibus facti speciebus accommodat: inspectis omnibus rerum, temporum, locorum, et personarum adjunctis, prout res postulat.

§. 5.

Interpretatio considerari potest, vel ratione caussae efficientis, seu ejus, a quo fit: vel ratione modi, seu sententiae, quae in eadem lege continetur. Ratione caussae efficientis triplex distinguitur: authentica, usualis, et doctrinalis: ratione autem sententiae vulgo tribui solet in declarativam, extensivam, seu ampliativam, et restrictivam.

§. 6.

Authentica dicitur, quae ab eo prodiit, qui potest leges condere. Usualis nomina-

tur, quae ex usu, seu consuetudine dimanat. Doctrinalis tandem ea est, quae a doctoribus ratiocinationis ministerio traditur.

§. 7.

Neminem latet, caeteris interpretationis speciebus illam praestare, quae fit ab habente supremam potestatem; cum enim hujusce potestatis vi, tum legem condere, tum latam immutare, et abrogare, possit, non amplius inquirendum est, utrum prior lex convenienter explicetur, necne: sed omnino servandum, quod posterius declaratum fuerit.

§. 8.

Maximum etiam pondus habet, quae ex recepta legitima consuetudine deducitur; cum consuetudo optima juris interpres sit (1), maxime quia legitime introducta consuetudo legem ipsam prius latam abrogare potest (2). Quae autem a doctoribus fit, non aliunde aestimanda, quam a ratione, qua innititur; quippe quibus nihil amplius permissum sit, quam ut dubiam legis sententiam indiciis, et argumentis aperiant.

(1) *L. Si de interpretatione* 37. *et l. seq. ff. de legib.* (1. 3.)

(2) *L. De quibus caussis* 32. §. 1. *ff. eod. tit.*

§. 9.

Si modum spectemus, quo legis sententia explicatur, interpretationem dividi diximus in declarativam, extensivam, et restrictivam: nec immerito; dubitari enim potest, quis sit verborum sensus, quibus legislator in lege ferenda usus est: verborum sensu percepto, quaeri adhuc potest, utrum ex rationis identitate ejus dispositio ad similes casus, verbis tamen legis non comprehensos, sit extendenda: aut potius ex defectu rationis intra arctiores limites verba legis sint coarctanda, quam ferre videantur.

§. 10.

Ergo legis interpretatio declarativa ea est, quae obscura legis verba per clariora, sed aequipollentia explanat. Extensiva legis verba, seu potius legis sententiam ex mente legislatoris extendit ad similes casus, verbis tamen non comprehensos. Restrictiva demum casus quosdam, qui generalibus verbis legis contineri videntur, eximit ab ejus sententia ex praesumpta legislatoris voluntate.

§. 11.

Exemplis res clarior fiet, et simul innotescet, in quo differat legis interpretatio ab ejusdem usu, seu applicatione. Naturalis lex prohibet homicidium: si meram vocis significationem spectes, quaecumque hominis occisio prohibita videbitur: si tamen verborum sententiam investiges, injustam tantum hominis occisionem vetitam deprehendes. En interpretatio legis declarativa.

§. 12.

Legis verba homicidium tantum complectuntur, seu injustam hominis occisionem: quaeri potest, utrum lex haec ad quemcumque actum, quo alteri damnum in membris inferatur, sit extendenda. Legis sententiam, et ad hunc casum protrahi debere, dignosces ex rationis identitate; lege nimirum charitatis, quae alteri prohibet fieri, quod quisque in se pati jure detrectat. En legis interpretationem extensivam, quatenus verborum amplior fieri potest interpretatio, inspecta legis sententia.

§. 13.

Contra non temere dubitatur, an injusta dicenda sit hominis occisio ab eo perpetrata, qui aliter vitam suam tueri non potest, nisi iniquum vitae aggressorem interimat. Si perpendas, eandem charitatis legem, quae injustam alterius occisionem prohibet, simul permittere, ut quisque vitam suam potius tueatur, quam alterius, intelliges, casum hunc in ratione legis homicidium prohibentis non contineri. Atque haec est, quam vocamus interpretationem legis restrictivam.

§. 14.

Exempla haec ad legem naturalem pertinent: eadem ratio est interpretationis, si de

legibus civilibus quaestio sit. Praetor naturalem aequitatem secutus, quae suadet, ut iis succurratur, qui in ea sunt conditione, ut rebus suis satis prospicere nequeant propter infirmum animi judicium ex defectu aetatis contingens, minoribus concessit beneficium restitutionis in integrum (1). Si investiges, quid restitutionis nomine intelligatur, et detegas, eam nihil aliud esse, quam actum, quo judex rescindit, quod gestum est, et laesos in eundem statum reponit, perinde ac si nullum negotium gestum fuisset: interpretationem legis declarativam habebis.

(1) *L. 1., ff. de minorib.* (4. 4.)

§. 15.

Si autem inspecta legis ratione, quae ideo minoribus hujusmodi beneficium concessit, quia res suas gerere convenienter adhuc nequeunt ob infirmum animi judicium, idem beneficium ad prodigos, amentes, furiosos, et his similes extendi, justa ratiocinatione concludes (1). Atque haec erit interpretatio legis extensiva.

(1) *V. infra* §. 1336, *tom.* 2.

§. 16.

Ex adverso, quamvis praetor, generaliter se subventurum polliceri, videatur minoribus in quibuscumque negotiis (1); adeoque generalibus hisce verbis restitutionem toties concessurum, quoties minor laesus demonstrabitur; quia tamen ratio legis eos casus non complectitur, quibus laesio non ex aetatis imbecillitate minori contigerit, sed ex alia caussa, quae majori etiam communis sit, recte inferes, in hisce casibus denegandum esse restitutionis beneficium (2): nimis late patentia legis verba ex ejusdem ratione inter arctiores limites coercendo per restrictivam interpretationem.

(1) *Praetor edicit: quod cum minore quam XXV. annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam. L. 1. §. 1. ff. de minor.* (4. 4.)

(2) *L. Verum 11. §. Si locupleti 5. ff. eod. tit.*

SECTIO II.

De regulis interpretationis.

SUMMARIA.

Nulla interpretatione opus est, cum legis sententia est manifesta. Singula legis verba inspicienda sunt, et invicem comparanda. §. 17.

Ex triplici capite contingere potest, ut plene non constet de legislatoris sententia. Quaedam sunt leges generales interpretationis, quaedam speciales. §. 18.

Prima hominis lex in civili societate charitas est, ex qua caeterae leges interpretationem accipiunt. §. 19.

Potior interpretatio ea est, quae ex ratione legis eruitur, praecipue in legibus naturalibus. §. 20.

Exemplum legis ex ratione explicandae in ea, quae homicidium prohibet, idest injustam hominis occisionem. §. 21.

Non licet, occidere ad tuitionem honoris, nec ad conservationem bonorum. §. 22.

Sed licitum est homicidium ad conservationem propriae vitae. §. 23.

Leges humanae positivae convenienter etiam ex earum ratione, seu caussa finali, quae ad sanciendum movit, explicantur: exemplum de tempore ad proponendas excusationes tutoribus praestituto. §. 24.

Ratio hujus legis minorum favor est, ne diu careant tutore, vel curatore. §. 25.

Quinquaginta dies tutoribus omnibus indistincte concedendi sunt. §. 26.

Lex haec etiam ad eum casum extenditur, quo tutor negotiis suis, non tamen gravissimis, detentus fuerit. §. 27.

Si ex mora longiori damnum non patiatur pupillus, vel gravissimum obstiterit impedimentum, longius temporis spatium tutori conceditur. §. 28.

Juliani sententia abutuntur, qui legis rationem inquirere negligunt. §. 29.

Genuina jurisprudentia non minus ratione constat, quam lege, utraque prae oculis habenda. §. 30.

Recipienda tamen lex est, quamvis ejus ratio ignoretur; quam interdum expedit non patefieri. §. 31.

2. *Inspiciendae sunt aliae sanctiones ejusdem legislatoris, sive priores sint, sive posteriores.* §. 32.

3. *Ita semper verba sunt explicanda, ne sequatur absurdum, quod rationi adversatur.* §. 33.

Sed cavendum, ne absurdum judicemus, quod non percipimus. §. 34.

4. *Perpendendus est sancientis affectus.* §. 35.

Demum inspicienda consuetudo regionis, urbis, principis et praxis judiciorum. §. 36.

Regulae speciales interpretationis, cum lex obscura est ex minus recta constructione verborum, vel ex verbis ipsis. §. 37.

Cum verba legis ambigua sunt, eorum magis propria significatio, non grammatica, sed popularis praeferenda. Etymologia. Artium vocabula §. 38.

Praecipue ex subjecta materia ambigua verba explicanda sunt. §. 39

Cum lex, in aliam videtur impingere, si de naturalibus quaestio sit, utraque invicem comparanda, et inquirendum, utra praevaleat. §. 40.

Praevalet lex, quae publicae utilitatis, et favorem innocentium respicit, ei, quae homicidium prohibet. §. 41.

In civilibus legibus posterior non tollit priorem, nisi aperta sit legislatoris voluntas. §. 42.

Si lex aequitatem laedere videatur, distinguendum. Leges naturales ad aequitatis normam semper sunt exigendae. §. 43.

An idem dicendum sit de legibus civilibus, acriter disputatur. §. 44.

§. 17.

Antequam de regulis interpretationis dicamus, duo sunt praenotanda. Nulla opus esse interpretatione, eum manifesta est legis sententia; neque enim clarius explicari nece se est, quod satis per se patet. Lex igitur tune tantum interpretanda, eum legislatoris verba ejusdem consilium aperte non demonstrant. 2. Non aliter de legis sententia inquiri posse, quam perpenso totius orationis contextu, et attentis singulis legis verbis, et invicem comparatis (1); eum ex omnibus pendeat declaratio, et eonsequenter cognitio voluntatis.

(1) *Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita judicare, vel respondere. L. Incivile* 24. *ff. de legib.* (1. 3.)

§. 18.

Ex triplici capite contingere potest, ut plene non constet de legislatoris sententia, 1. Quia obscurus sit orationis contextus. 2. Quod legislator ambiguis verbis usus sit, quibus plures sensus affingi possint. 3. Quia, etsi clara in speciem sint verba legis, si tamen ex propria significatione aestimentur, aliam evertere legem, vel aequitatem laedere, videantur. Regulae quaedam generales sunt, quae in omnibus hisce casibus prodesse possunt ad legislatoris mentem assequendam; sed et quaedam speciales sunt pro singulis. Utrasque expendemus; sed in primis eas, quae omnibus accommodantur.

§. 19.

Cum primum principium, seu prima hominis lex in civili societate charitas sit, non dubium, quin, ex hac, caeterae leges interpretationem accipere, debeant (1). Proinde generalis instar regulae praestitui potest, ita semper interpretandas esse leges, ut debitum supremo Numini obsequium exhibeatur; intacta sit pietas patriae, et parentibus debita, atque unicuique privato, quod suum est; quodque jure postulat, tribuatur.

(1) *Principium hoc hominum mentibus a sapientissimo naturae Auctore insitum*

Romani ipsi prudentes, quamvis divino Christianae Religionis lumine destituti, agnoverunt, constituentes tria juris civilis praecepta, quibus continetur, neminem laedendum esse, jus suum cuique tribuendum, atque unumquemque civem ad naturalis honestatis normam mores suos instruere debere. L. Justitia 10. §. 1. ff. de just., et jur. Simul et cognationem quamdam inter omnes homines agnoscentes, qua non tantum nefas sit, hominem homini insidiari. L. Ut vim 3. ff. eod. tit.; sed et beneficio affici hominem, intersit hominis. L. Servus 7. ff. de serv. export. (18.7.)

§. 20.

Cum autem principium hoc generale omnino sit, nec facile ejus vis in unaquaque specie innotescat, tum ex humani ingenii imbecillitate, tum et ex diversitate negotiorum, specialiores interpretationis regulae sunt investigandae. Prima autem, et potior procul dubio ea est, quae ex ratione legis eruitur, sive ratio legis verbis expressa sit, sive aliunde dignosci possit: puta si de legibus humanis agatur, ex adjunctis personae, rei, temporis, et similibus. Sane si de interpretatione legum naturalium quaestio sit, dubitari non potest, quin ratio legis ea sit, unde desumi, debeat interpretatio, cum enim naturalia jura rationem sufficientem in ipsa hominis, et rerum essentia habeant, et consequenter necessaria, et immutabilia sint (1); consequens omnino est, earum sententiam ex intima ratione pendere.

(1) §. *Sed et naturalia* 11, *instit. de jure natur., gent., et civ.* (1. 2.)

§. 21.

Fingamus, explicandam esse naturae legem quae hominis occisionem prohibet; ut cognosci possit, quae sit horum verborum vis; quousque extendatur hujusmodi interdictum, et quibus limitibus coerceatur, investiganda est ejus ratio: charitas nempe, quae prohibet, ne quis alteri faciat, quod sibi fieri nollet. Inquire ulterius, an charitas indistincte hoc prohibeat: ex germana charitatis indole dignosces, prohibere tantum, ne alteri fiat, quod quisque in se pati jure et merito detrectat; alioquin enim nec a debitore captis bonis solutio peti posset. Hine inferes, injustam tantum hominis necem interdici.

§. 22.

Praeterea, quia jure invitus quis est, ne alter sibi vitam eripiat ad defensionem honoris, aut ad servanda bona fortunae; quia vita bonum his longe praestantius est, maxime quum honor in propriis, non in aliorum factis, aut dictis consistat; adparebit, ad tuendum honorem, aut bona nefas esse, iniquum aggressorem interficere: adeoque legis homicidium prohibentis sententiam ad hunc casum extendi.

§. 23.

Contra, quia charitas, quae alterius vitam servandam jubet, simul permittit, ut potius quisque suam tueatur, quam alterius: nec jure quis ab altero exigit, ut cum proprio dispendio alterius incolumitati consulat, licere tibi, dignosces, iniquum vitae aggressorem interficere, si aliter tuam nequeas conservare: maxime quia, cum uterque de propria vita defendenda certet, potior debet esse caussa illius, qui, proprium malum unice effugere, intendit, quam ejus, qui, alteri malum inferre, pertentat. Quare inferes, locum esse in hac specie restrictivae interpretationi legis homicidium prohibentis.

§. 24.

Haec ad leges naturales praecipue pertinent, sed et conveniunt legibus positivis humanis; consilium enim legislatoris non aliunde tutius dignosci potest, quam a caussa finali, quae ad sanciendum movit; quamquam in his saepe contingit, ut non ita facile sciri possit legis ratio. Exemplum suppeditat Modestinus, quaestionem expendens de tempore, quo proponendae sint excusationis caussae ab iis, qui ad tutelam vocati sint. Constituerat Marcus Imperator (1), ut tutores legitime designati, qui a delato munere excusare se vellent, intra quinquaginta dies excusationis caussas coram judice competente allegare tenerentur, sive in ipsa civitate morarentur, sive alibi, dummodo

non longius centum milliaribus: caeteri vero longins distantes in unamquamqne diem viginti milliaria haberent, et insuper omnino triginta dies. Dubia merito visa est Modestino hujusmodi constitutio; quia, si verba proprie intelligantur, futurum erit, ut brevius temporis spatium habeant, qui tercentis millariis a loco distant, quo tutores creati sunt, quam ii, qui in eodem loco domicilium habent.

(1) *L. Scire* 13. §. *Multa vero* 1. *ff. de excusat.* (27. 1.)

§. 25.

Ut ergo genuina ejus sententia intelligatur, ratio legis perpendenda est. Lex haec minorum favore lata fuit, ne diutius tutore, vel curatore careant, qui ipsos, et res suas tueatur. Sed tempus nimis diuturnum Imperatori visum non est spatium quinquaginta dierum: ut ex eo evidentissime constat, qnod idem temporis intervallum concesserit iis, qui in eodem loco morantur.

§. 26.

Inspecta ergo legis ratione, et legislatoris sententia, jure infert Modestinus (1), ita legem interpretandam, ut omnes indistincte tutores, et curatores quinquaginta dies habeant ad proponendas excusationis caussas: nec prius fieri locum computationi unius diei in singula viginti milliaria, et amplius triginta dierum, quam quisque ab urbe, in qua tutor, vel curator creatus est, distet amplius quadringentis milliariis. Atque haec est legis interpretatio declarativa.

(1) *D. l.* 13. §. 2. *ff. de excus.*

§. 27.

Si autem quaeratur, utrum lex haec extensionem, vel restrictionem patiatur; extensionem puta in ea specie, qua tutor moram fecerit, quia interim propriis negotiis prospicere voluit, vel levi aliquo morbo, et viarum asperitate se detentum alleget; inspecta rursum legis ratione, quae pupillorum indemnitati prospicere voluit, quorum res interim graviter periclitantur, recte inferes, et ad hunc casum Imperatoris sanctionem protrahi debere: ex comparatione scilicet damni, quod imminet, tum pupillo, tum tutori; potius occurrendum priori, utpote quod longe sit gravius, aequitas, et charitas suadet.

§. 28.

Contra si species fingatur, qua ex dilatione longiori damnum pupillus passurus non sit; puta si quaestio sit de excusatione a tutela jam suscepta, quia interim tutor in officio semper permanere debet (1), vel quia gravius longe damnum tutori immineat, si praefinito tempore se sistere cogatur; veluti quia gravis aegritudinis, hyemis, imbrium, incursus latronum impedimento detentus fuerit, ex eadem aequitate, et legis ratione dignoscendum erit, ut post Imperatorem tradit idem Jureconsultus (2); minorum enim favorem cum tanto alterius dispendio curare, a naturali aequitate abhorret.

(1) *V. infra* §. 931. *tom.* 2.

(2) *D. l.* 13. §. *Si enim* 7. *ff. de excusat.*

§. 29.

Neque his, quae de legum interpretatione diximus ex legis ratione eruenda, contrarius est Julianus, cum ait, non omnium, quae a majoribus constituta sunt, rationem reddi posse (1), quamquam plures sunt, qui hac sententia abutuntur, et in ea asylum ignorantiae suae anxie, sed frustra quaerunt (2); atque ideo malunt vanis, et fictitiis conjecturis, quae mere possibiles sunt, legislatoris mentem perscrutari, aequitatem interim, et rationem, qua semper constat lex, licet interdum magis, interdum minus manifesta sit, fere nunquam prae oculis habent, et potius divinorum exemplo tenebras offundunt, quam lucem afferant interpretationi. Atque hinc fit, ut nullius fere definitionis, quae in jure habetur, congruam afferant rationem contra Juliani senten-

tiam, qui non omnium legum, idest aliquarum rationem quidem reddi non posse, affirmat, non vero omnium, aut plurimarum.

(1) *L. Non omnium 20. ff de legib.* (1. 3.)

(2) *Christ. Thomas. program. de caus. inutilium doctrin. in jurisprud. in prin.*

§. 30.

Sane, cum jurisprudentia duobus constet, lege nimirum, et ratione; quemadmodum turpe est interpreti, leges nescire, inter quas plures sunt, quae ab arbitrio legislatoris pendent, non omni tamen ratione destituto; ita turpius esset, rationem legis ignorare, et negligere, quae plerumque cognosci potest. *Scire leges*, ait Celsus, *non hoc est, earum verba tenere, sed vim, ac potestatem* (1); cum autem vis legis, et potestas non in verbis sita sit, sed in earum ratione, conseguens est, legis rationem diligentissime esse investigandam, ut ad ejus germanam interpretationem possit perveniri.

(1) *L. Scire leges 17., ff. de legibus* (1. 3.)

§. 31.

Hinc tamen inferri nequit, non aliter recipiendam legem, quam si de ejus ratione constet; quo admisso, plurima, quae in jure certissima sunt, facile subvertentur, ut scite animadvertit Jureconsultus (1). Legum ratio, quantum fieri potest, inquirenda est: si autem aperta sint legis verba, omnino servanda erit, quamquam lateat ratio; quia saepe contingit, ut justam habeat Princeps legis ferendae caussam, quam tamen a subditis ignorari conveniens sit.

(1) *Rationes eorum, quae constituuntur, inquiri, non oportet; alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur. L. Et ideo 21. ff. eod. tit. de legib.*

§. 32.

Si ex legis ratione genuinus ejusdem sensus erui non potuerit inspiciendae erunt aliae ejusdem legislatoris sanctiones, quae planiores sint; quisque enim nisi aliud appareat, praesumitur, eundem sensum iisdem verbis affingere. Quin non tantum ex loquendi formula, sed et ex aliarum legum sententia dubiae legis ratio, et sententia erui poterit; cum enim legum immutatio saepe reipublicae noceat, non aliter admittenda, praeter quam de ea evidenter constet. Hinc jure placuit Romanis prudentibus non tantum posteriores leges ad priores pertinere (1), sed et priores ex posterioribus explicandas esse (2).

(1) *Posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint. L. Sed et posteriores 28. ff. de legibus* (1. 3).

(2) *Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur. L. 26. et 27. ff. eod. tit.*

§. 33.

Tertia generalis regula interpretationis ea est, quae jubet, ut ita semper verba explicentur, ne aliquod sequatur absurdum: ad quod vitandum, a receptiori sensu paulisper etiam recedere licet; cum enim leges ad publicam utilitatem ferantur, nec aliter vim habere possint, quam si comitem habeant justitiam, absonum esset, ita eas interpretari, ut publicum bonum oppugnent, vel aequi, et boni regulas.

§. 34.

Sed hic summopere cavendum, ne, quod semidoctis saepe contingit, qui absurdum putant, quod non intelligunt, absurdum judicemus, quod ita nobis videtur, maxime in rebus abstrusis, et reconditis. Illud ergo tantum pro absurdo habendum, quod palam, nemine refragante, rectae rationi repugnat.

§. 35.

Ad legis intellectum prodesse potest sancientis affectus, et indoles; experientia enim constat, ex legislatoribus alios ad humanitatem, alios contra ad severitatem procliviores fuisse: aliis quaedam maximi momenti visa fuisse, adeoque graviter praecepisse, quae alii parvi faciebant: quod potissimum in jurisprudentia Romana animadvertitur, tum in jureconsultorum responsis, tum et in Imperatorum sanctionibus.

§. 36.

Si adhuc lateat legis sensus, inspicienda erit consuetudo regionis, quae optima est legum interpres (1): tum et praxis jusdicentium (2); quippequi legis sententiam nosse prae singulari prudentia praesumi debent; tum et investigandum, quae sit consuetudo urbis principis (3), ubi facilius legem ferentis consilium sciri potest, et tutius explicari.

(1) *Si de interpretatione* 37. *ff. de legib.* (1. 3).
(2) *L. Nam. Imperator* 38. *ff. eod. tit.*
(3) *L. De quibus caussis* 32. *ff. eod. tit.*

§. 37.

Regulae hactenus enumeratae plerumque sufficiunt, ut minus clarae legis sensus erui possit. Speciales adhuc quaedam sunt. Atque in primis, si lex obscura sit, distinguendum, an obscuritas profluat ex minus recta verborum constructione, an ex verbis ipsis, quorum significatio ignoretur. In prima specie satagendum, ut ad recte loquendi regulas exigatur phrasis. In altera lexica consulenda sunt, praesertim ubi verba occurrunt peregrina, et obsoleta: quod tamen pluribus displicet, et contemnunt, tamquam puerile studium: atque ita de verborum intima significatione disputant, quorum ne litteralem quidem sensum percipiunt. Quamquam et hic cavendum, ne major perspicuitas in auctore quaeratur, quam qua ipse usus est; sufficit enim obscure intelligere, quod obscure dixit.

§. 38.

Si ambigua sint legis verba, idest duplex significatio ipsis aptari possit, praecipue respiciendum ad magis propriam ejus significationem: magis propriam, inquam, non proprietate grammatica, quam saepe negligunt legislatores, sed populari potius, et quam ex usu vox habet. Prodesse etiam aliquando potest origo, seu etymologia vocis. Quod si de vocabulis alicujus artis quaestio sit, vera, et genuina eorum significatio ex artis cujusque peritorum definitione est repetenda.

§. 39.

Huic affinis est altera regula; verba scilicet dubia ex subjecta materia intelligenda esse. Utuntur aliquando legislatores verbis generalibus, et indefinitis, quae tamen ex rei natura, de qua agitur, necessario restringenda sunt; aequum enim potius est, ut generalia verba ex specialibus, quae potissimum legislatoris consilium continent, interpretationem accipiant, quam specialia ex generalibus; cum haec ab illis pendeant.

§. 40.

Cum de legis sententia dubitatur, utpote quia videatur impingere in aliam legem, distinguendum est, an de naturalibus, an positivis hominum legibus interpraetandis quaestio sit. Si aliqua naturae lex alteri contraria videatur, utraque invicem comparanda erit, intima utriusque ratio expendenda, ut dignoscatur, quae in proposita specie praevalere debeat.

§. 41.

Prohibet naturalis lex homicidium. Sed et alia lex est, quae jubet, ut ii, qui reipublicae praesunt, publicam utilitatem tueantur, et privatorum salutem contra impiorum hominum fraudes, et nequitias. Hanc illa potiorem incunctanter asseres, si animadvertas, aequitati consentaneum esse, ut potius ille occidatur, qui aliorum vitae insidias struit, aliorum bonis cladem parat, quam, qui rebus suis contentus alienis abstinet, nec sui commodum cum alterius nece, vel jactura quaerit. Idem esto judicium de aliis duabus legibus, quarum prior suadet, ut unicuique permittatur libera de rebus suis dispositio: jubet altera, ut pater alimenta suppeditet iis, quos genuit. Ex hac comparatione elucescet, limitibus sui priorem legem coarctandam, ne posteriorem evertat.

§. 42.

In civilibus autem legibus generalis regula est ab omnibus probata, posteriorem le-

gem nunquam ita esse interpretandam, ut priorem destruat, nisi de contraria legislatoris voluntate constet (§. 32); tum quia legum abrogatio saepe noceat publicae utilitati; tum quia legislatores soleant, disertis verbis exprimere, quoties, latam jam legem abrogare intendunt. Quamquam necesse non est, ut specialis fiat prioris abrogandae legis mentio; si perspicua sit oratio posterioris legis, quae cum priore nullatenus componi possit. Ita ergo fieri debet interpretatio, ut utraque subsistat. Quod si posterior cum priore conciliari non possit, posteriorem sequemur.

§. 43.

Demum, si lex aequitatem laedere videatur, etiam distinguendae sunt naturales a positivis legibus. Naturales leges semper ad aequitatis, idest benignitatis, et humanitatis normam sunt exigendae; utpote quae ab aeterna lege tamquam ab immediato suo fonte, dimanant, cujus sapientissimus Creator Deus Optimus Maximus ad benignitatem, et clementiam in omnibus operibus suis procliviorem se prodit.

§. 44.

Sed utrum in civilium legum sanctionibus aequitas severitati praeponenda sit, an secundum severitatem legis judicandum, quamvis in speciem aequitati adversa videatur, ardua quaestio est, in qua dirimenda in diversas, et oppositas sententias abeunt interpretes, quam idcirco consultius erit, singulari sectione pertractare.

SECTIO III.

De aequitate.

SUMMARIA.

Aequitatis definitio ex Heineccio §. 45. *Ex Aristotele, Grotio, Wolfio, et aliis.* §. 46.

Quid aequitatis nomine vulgo intelligatur. §. 47.

Aequitas triplex distingui potest: secundum jus, praeter jus, contra jus. Definiuntur diversae aequitatis species. §. 48.

Judex sequi debet aequitatem secundum jus. §. 49.

Jureconsultorum agendi ratio. Exemplum ex Modestino de tempore excusationum proponendarum. §. 50.

Aequitatem praeter jus sequi licet. §. 51.

Pauli sententia de vicino, cui ex aequitate permittendum est, ut in fundo alterius vicini aggerem suis sumptibus reponat. §. 52.

Exempla aequitatis, quae ex identitate rationis legem extendit, sunt in actionibus utilibus. §. 53.

Aequitas juri scripto anteponi potest in quatuor casibus. 1. *Quando conciliari aliquatenus potest cum mente legislatoris.* §. 54.

Exemplum hujusce aequitatis in restitutione haereditatis. §. 55.

2. *Potior est aequitas stricto jure, cum unius legis severitas ex alterius benignitate potest corrigi, vel temperari.* §. 56.

3. *Idem dicendum, cum dubia est legis sententia, quae rigorem praefert.* §. 57.

4. *Tandem aequitas praevalet stricto juri, cum hoc spectat ad apices.* §. 58.

Si legis verba manifesta sint, itaut de mente legislatoris plene constet, lex, quantumvis severa, est observanda. §. 59.

Probatur sententia haec ratione 1. *Ex suprema Principum potestate desumpta.* §. 60.

Probatur 2 *ex absurdis contrariae opinionis.* §. 61 *et* 62.

Probatur 3 *exemplo jureconsultorum; ex lege Julia prohibente, ne mulier adulterii suspecta, et accusata servos manumittat, vel alienet.* §. 63.

Probatur 4 auctoritate Imperatorum, a quibus vetitum, ne judices aequitatis specie legem scriptam violent. §. 64.

Leges etiam in speciem asperae suam habent aequitatem. §. 65.

Servanda dura lex, quamvis ignoretur ejusdem ratio. §. 66.

Respondetur argumento, quo asseritur, aequitatem menti legislatoris magis consonam esse; regula haec deficit, cum de legislatoris contraria voluntate constat. §. 67 *et* 68.

Lex Constantini aliis casibus aptanda est, ne sibi contrarius sit. §. 69.

Posterior est lex, qua judicibus prohibetur interpretatio inter jus strictum, et aequitatem. §. 70.

Jureconsulti aequitatem contra jus secuti aliquando fuerunt, veluti Ulpianus, et Modestinus: sed, praeterquamquod post Augustum jureconsulti legislativam quandam potestatem habere videbantur, aequitatem juri scripto in iis tantum casibus ipsi praetulerunt, cum haec erat, vel ipsis esse videbatur mens legislatoris. §. 71 *ad* 75.

Justinianus praecipit omnibus judicibus, ut secundum leges sententiam dicant, postposita etiam imperiali jussione. §. 76 *et* 77.

Idem Imperator judiciorum regulas enumerans de aequitate omnino silet. §. 78.

Authenticae Hodie cod. de judic. sententia non continetur in novella, ex qua desumpta dicitur; adeoque nullam meretur fidem. §. 79.

Justiniani formula de jurejurando judicum intelligi debet de aequitate, quae legem integre servet sine partium studio. §. 80 *et* 81.

Judices quidem auctoritate pollent, quam a Principe habent, sed iis concessum non est, ut legem violent sub specie aequitatis. §. 82.

Conclusio 83.

§. 45.

Æquitas, quam, teste Heineccio (1), omnes in ore habent, pauci norunt, varie definiri solet. Heineccius, nihil aliud ejus nomine significari, putat, quam virtutem, quae judicem propensiorem efficit in partem rectae rationi, virtuti, benignitati, humanitati vel maxime convenientem; cum scilicet verba pactorum, vel legum latius patent, restrictaeque interpretationi fit locus. Sed in eo saltem reprehendenda est allata definitio, quod vim tantum restringendi verba aequitati tribuit; cum tamen certissimum sit, aequitatem non minus legis verba ampliare, quam restringere (2).

(1) *Elem. Log. cap.* 4. *sect.* 2. *num.* 204.

(2) *L. In summa* 2. §. *Item Varus* 5. *ff. de aqua, et aq. pluv. arc.* (39. 3).

§. 46.

Aristoteles eam definit, mitigationem legis scriptae ob aliquam circumstantiam, utpote rerum, personarum, locorum, ac temporum. Grotio (1) aequitas est virtus correctrix ejus, in quo lex propter universalitatem deficit. In Wolfii sententia (2) aequitas virtus est, quae hominem inclinat ad reddendum alteri, quod minus perfecte eidem debitum est. Aliis aequitas est quaedam convenientia, quoddam temperamentum recedens ex justa caussa a communibus juris regulis.

(1) *Grot. libro singulari de aequitate, indulgentia, et facilitate cap.* 1. §. 3.

(2) *Wolf. instit. juris nat., et gent. part.* 1. *cap.* 3. §. 86.

§. 47.

Inter tot sententiarum varietates in ipsa nominis significatione, mirum sane non est, si et juris interpretes in re ipsa dissentiunt. Quidquid tamen sit de veritate harum definitionum, certissimum est, aequitatis nomine, prout a jure, seu lege distinguitur, vulgo intelligi, humanitatem quandam, et benignitatem, qua instructus judex propensior fit in eam partem, quae naturali honestati magis consentanea videtur; cum enim quaeritur, an judex, secundum aequitatem judicare possit, nihil aliud significatur,

quam, utrum judex eligere possit eam partem, quae ad humanitatem, et benignitatem magis propendet.

§. 48.

In hac vulgari significatione aequitas distingui potest, ut alia sit secundum jus, alia praeter, alia contra jus. Æquitas secundum jus illa est, quae humanitatem, et benignitatem sectatur inhaerendo legislatoris menti, quamvis forte verba aliud praeseferre videantur. Æquitas praeter jus ea dicitur, quae humanitate, et benignitate duce casus quosdam lege non comprehensos ex generalibus juris principiis definit, vel ex rationis identitate juris sanctionem ad alios casus protrahit. Demum aequitas contra jus illa esset, quae jus certis limitibus a legislatore circumscriptum, ultra quos progredi illicitum declaravit, ad similes casus extenderet: vel legem generalem, nullis conclusam terminis, in quibusdam facti speciebus restringeret humanitatis, et benignitatis specie.

§. 49

Sane nemini dubium est, quin judex debeat, aequitatem secundum jus sequi, quamvis verba resistere videantur; cum enim nomina, ut sapienter animadvertit Tubero, non alia ratione inventa sint, quam ut demonstrent voluntatem dicentis, menti potius legislatoris inhaerendum est, quam verbis (1): maxime ubi opitulatur aequitas, cujus praecipuam esse debere rationem constitutum est (2).

(1) *Potentior est, quam vox, mens dicentis. L. Labeo ait* 7. §. *Servius* 2, *in fine ff. de suppell. leg.* (33. 10).

(2) *Placuit, in omnibus rebus praecipuam esse justitiae, aequitatisque, quam stricti juris, rationem L. Placuit* 8. *cod. de judic.* (3. 1).

§. 50.

Plura Romanae jurisprudentiae libros perlegenti occurrunt exempla, ex quibus non obscure colligitur, jureconsultos menti potius legislatoris, quam verbis, sua responsa accommodasse. Inter caeteros Modestinus explicans edictum Marci Imperatoris, quo praefinitur tempus tutoribus concessum ad proponendas excusationis caussas, juxta quod ex ipsius litterae sensu brevius temporis spatium haberent, qui longius ab urbe distant centum milliaribus, quam qui in urbe commorantur; legem hanc ad aequitatem inspecta mente legislatoris exigendam statuit (1).

(1) *Sed etsi maxime verba legis hunc habeant intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult. L. Scire oportet* 13. §. *Aliud etiam* 2. *ff. de excusat.* (27. 1). *Modestino adjunge si lubet, Triphonium in l. Bona fides* 31. §. *Incurrit* 2. *ff. depositi* (16. 3), *et Paulum in l. Quod si minor* 24. §. 1. *juncta l.* 1. *princip.*, *et* §. 1. *ff. de minoribus.* (4. 4).

§. 51.

Eadem est ratio aequitatis praeter jus; cum enim leges ita scribi non possint, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur (1): adeoque alia ratione jus congrue unicuique reddi non possit, praeterquamsi, quod legi deest, justa ejus interpretatione suppleatur (2): prout Magistratibus agendum Justinianus est auctor (3); regula haec potissimum obtinere debet, cum praesumptam legislatoris voluntatem aequitas firmat.

(1) *L. Neque leges* 10, *l. Non possunt* 12. *ff. de leg* (1. 3).

(2) *Quoties lege aliquid unum, vel alterum introductum est, bona occasio est; caetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe jurisdictione suppleri. L. Nam ut ait* 13. *et l. Et ideo* 11. *ff. cod.*

(3) *Si quid praeter id, quod jam ordinatum est, emerserit, conveniens est, eos, qui in Magistratu sunt, illud conari, decidere, et remedium imponere, secundum eorum, quae jam ordinata sunt, consequentiam, imitationem. L. Dedit nobis* 3. §. *Si vero* 18. *cod. de vet. jure enucl.* (1. 17) *V. l.* 11. *ff. de in jus voc.* (2. 4), *l.* 6. §. 2. *ff. de jure patr.* (37. 14), *l.* 91. §. 3. *ff. de verb. oblig.* (45. 1).

§. 52.

Quaerit Paulus, an vicinus, qui in fundo vicini aggerem habeat, quem aqua dejecit, cogere possit vicinum, aquae pluviae arcendae actione, ut enm repouat, vel reponi sinat. Postquam retulit varias jureconsultorum sententias, definit, quamquam deficiat directa actio pluviae arcendae, dandam tamen utilem, vel interdictum vicino, si ipse velit, suis expensis aggerem in alterius agro restituere: ita suggerente aequitate, quae suadet, ut quis, ea facere, possit, in fundo alterius, quae sibi prosunt, alteri vero nihil nocent (1).

(1) *Quamquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinor, utilem actionem, vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim, aggerem restituere in agro ejus, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est; haec aequitas suggerit, etsi jure deficiamur. L. In summa 2. §. Item Varus 5. ff. de aq. et aq. pluv. arc.* (39. 3).

§. 53.

Exemplum hoc pertinet ad eam aequitatis praeter jus speciem, qua ex generalibus juris principiis casus lege non comprehensus definitur. Exempla aequitatis, quae ex identitate rationis de casu ad casum juris definitionem protrahit, quamplurima dignoscuntur in actionibus, quas Romani prudentes utiles vocant, quia non ex verbis legis, sed ex ipsius sententia proficiscuntur.

§. 54.

Sed si de aequitate agatur, quae juri scripto adversetur, adhuc in quatuor casibus aequitatem severitati anteponendam puto. 1 Quando conciliari aliquatenus potest cum mente legislatoris; cum enim regula sit ab ipsismet Imperatoribus approbata (1), aequitatem stricto jure potiorem semper esse debere, ab hac regula legislatorem recedere in dubio, nunquam est praesumendum.

(1) *De l. Placuit 8. cod. de judiciis* (3. 1). *V. l. 90. ff. de reg. jur.*

§. 55.

Constituerat Imperator Hadrianus, ut possessor hereditatis id omne actori praestaret, quod habiturus fuisset, si eo tempore, quo petiit, restituta esset hereditas. Quaerit Paulus, au restituere teneatur mancipia, vel jumenta, quae perierunt, sicut innuere videntur verba orationis, quae forte actor prius distraxisset; quia tamen aequitas pati non videtur, ut possessor casus fortuitos, vel necessarios praestet, aut metu hujus periculi jus suum perperam abjiciat; et legislatoris mens non desinit, suum sortiri effectum, quamvis haec a legis vi eximantur; ideo hos casus imperatoria sanctione non contineri respondit (1). Aliud non absimile exemplum suppeditat Gajus, quamvis modestius mentem suam declaret (2).

(1) *L. Illud quoque 40. ff. de petit. haered.* (5. 3).

(2) *L. adeo quidem 7. §. Quod si toto 5. ff. de acquir. rer. dom.* (41. 1).

§. 56.

2. Æquitas stricto jure potior esse debet, cum unius legis severitas ex alterius benignitate emendari, vel temperari potest; cum enim tum prior lex per posteriorem, quam posterior per priorem explicetur (1), ea semper capienda interpretatio est, quam aequitas naturalis suadet, cum illa in legislatoris mentem manifeste non impingit.

(1 *L. Non est novum 26. cum 2. seqq. ff. de legib.* (1. 3).

§. 57.

3. Idem esto judicium, cum dubia est legis sententia, quae ad severitatem propendet; quia, cum semper in dubiis benigniora praeferenda sint (1), quod auctore Marcello non minus justius est, quam tutius (2), optima haec occasio est, qua legem ad benignitatem ex aequitate flectamus (3).

(1) *L. Semper 56. ff. de R. J.*

(2) *In re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justius est, quam tutius. L. Ea quae 192. §. 1. ff. eod. tit.*

(3) *Rapienda occasio est, quae praebet benignius responsum. L. 168 pr. ff. eod. tit.*

§. 58.

4. Demum strictum jus aequitati posthabendum est, cum rigor ad apices unice spectat, ut ait Ulpianus, speciem fingens de fidejussore, qui sciens exceptionem procuratoriam omiserit, quemque bona fide inspecta, non teneri statuit, cum tantum quaerendum sit, utrum alter fuerit, necne debitor (1).

(1) *Quaedam tamen, etsi sciens omittat fidejussor, caret fraude: ut puta si exceptionem procuratoriam omisit, sive sciens, sive ignarus; de bona fide enim agitur, cui non congruit, de apicibus juris disputare: sed de hoc tantum, debitor fuerit, necne. L. Si fidejussor 29. §. Quaedam tamen 4. ff. mandati. (17. 1).*

§. 59.

Sed si lex clara sit, et manifesta ejus sententia, itaut rigor juris aliter emendari non possit, nisi verba in alienum sensum detorqueantur; tunc legem, quantumvis severam, adamussim servandam existimamus. Sententiam hanc, quia a pluribus in dubium revocatur, ratione, exemplis, et auctoritate firmabimus.

§. 60.

Prima, et potior ratio, qua sententia haec demonstratur, legislatorum auctoritate innititur; cum enim Principum potestas a Deo sit (1), atque ex ejusdem potestatis vi subditis praecipere possint, quae publicam utilitatem fovere apta sunt, et prohibere, quae eidem publicae utilitati adversa existimant: subditi autem eorum praecepta executioni demandare teneantur, non solum poenarum metu, sed et propter conscientiam (2); consequens omnino est, subditis non licere, quacumque fulgeant dignitatis praerogativa, ementitae aequitatis specie a lege scripta recedere: ne alioquin dicere cogamur judices, qui legum custodes positi sunt, posse de justitia legum inquirere, atque eas quidem servare, quae ipsis aequitati consonae videbuntur; rejicere caeteras: quod legitimae subjectionis ratio ferre nullatenus potest.

(1) *Proverb. cap. 8. vers. 15.*

(2) *Epist. ad Roman. cap. 13. versic. 5.*

§. 61.

Altera non minus urgens ratio ex absurdis contrariae sententiae eruitur; si enim semel judicibus concedatur, legis vestigiis inhaerere, vel aequitatis, prout rectae rationi consentaneum existimaverint, nulla amplius lex, nulla sanctio firma, et inconcussa erit: quo fiet, ut et judices regulas ignorent, quibus in judicando dirigantur; et privati, qua ratione jus suum consequi valeant; et caussarum patroni, quomodo de jure consulentibus respondeant, aut clientum jura tueantur.

§. 62.

Hinc et liber aditus aperitur civibus lites inferendi, captionibus implicandi, et producendi, non sine gravissimo publicae, et privatae utilitatis dispendio: ita enim vel ipsi sapientissimi, et integerrimi homines prae humana imbecillitate comparati sunt, ut, quod hodie aequum existimant, mutatis personis, rebus, aliisque caeteroquin extrinsecis omnino, et ad jus nihil pertinentibus adjunctis, iniquum dijudicent, quod alias aequum existimarunt. Hisce autem malis nulla alia ratione obviam iri potest, quam si legibus integrum praestetur obsequium, ita ut constans, et inconcussa ex iis judicandi regula decerpatur.

§. 63.

Romani prudentes hanc agendi rationem secuti sunt, utpoteque ex vera, et solida philosophia, quam ipsi profitebantur, descendit. Lege Julia prohibebatur mulier adulterii suspecta, et accusata, servos manumittere, vel alienare, ne a questione subdu-

eerentur: quod quidem interdictum etiam ad eos ex verbis legis protendebatur, qui extra ejus mulieris ministerium in agro, vel in provincia essent. Duram legem hanc merito appellat Ulpianus; qui enim longe a domina in provinciis commorabantur servi, vix, ac ne vix quidem sceleris conscii esse poterant; servandam tamen tradit jureconsultus (1), nec aequitatis specie eam corrigi posse, existimavit. Jure ergo scripsit Modestinus, nullam esse sententiam contra rigorem juris latam, ita ut necessaria sit appellatio, nec unquam in rem judicatam sit transitura (2).

(1) *Ipsa igitur, quae divertit, omnes omnimodo servos suos manumittere, vel alienare, prohibetur; quia ita verba faciunt, ut, ne eum quidem servum, qui extra ministerium ejus mulieris fuit, vel in agro, vel in provincia, possit manumittere, vel alienare. Quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est. L.* 12. *§.* 1. *ff. qui, et a quib. man.* (40. 9). *Lex haec videtur abrogata ex l. In adulterii* 32. *cod. ad l. Jul. de adulter.* (9. 9).

(2) *L. Si expressim* 19. *ff. de appellat., et relat.* (49. 1).

§. 64.

Verum, qualiscumque fuerit antiquorum prudentum in hisce adjunctis agendi ratio, plura sunt Imperatorum rescripta, quibus expresse interdicitur jusdicentibus, ne legem aequitatis specie violent, et ipsis solis potestatem excipiunt, qua legum severitas corrigatur. Ita sanxerunt Valentinianus, et Martianus (1). Idem jam constituerat Imperator Constantinus (2).

(1) *Si quid vero in iisdem legibus latum fortassis obscurius fuerit, oportet, id ab imperatoria interpretatione patefieri, duritiamque legum nostrae humanitati incongruam emendari. L. Sacratissimae* 9. *cod. de legibus.* (1. 14).

(2) *Inter aequitatem, jusque interpositam interpretationem nobis solis, et oportet, et licet inspicere. L.* 1. *cod. eod. Consonat et jus Regium, quo cautum, ut in primis serventur R. sanctiones, tum statuta locorum legitime probata: post haec supremorum Magistratuum definitiones: tandem jus commune. R. Const. lib.* 3. *tit.* 22. *§.* 15. *Altum vero de aequitate silentium: quin in eo, quod ad easdem R. sanctiones pertinet, districte prohibetur quaevis declaratio, ampliatio, limitatio, aut moderatio tum supremi, tum inferioris ordinis judicibus. R. Const. in prooem. §.* 2.

§. 65.

His addi jure potest, nullam legem esse, quantumvis aspera videatur, quae aequitatem quandam publico, vel privato bono innixam non praeseferat. Sic in allato exemplo servorum, quos lex Julia, manumitti, vel alienari, prohibuit, non injuria ejus sanctio ad servos in provinciis commorantes protrahitur; quamvis enim testes oculares sceleris esse nequeant, fieri tamen facile potest, ut ejus ex auditu conscii sint.

§. 66.

Sed quamvis ignota forte sit legis ratio, non idcirco aequitatis specie ab ea licitum erit recedere; non enim tenetur legislator caussam, quae ipsum ad legem ferendam impulit, subditis aperire (1), quam etiam non raro expedit potius ignotam esse: adeoque ignorantia haec justa violandae legis caussa esse nequit.

(1) *L. Non omnium* 20. *ff. de legib.* (1. 3).

§. 67.

Perpendamus nunc argumenta, quae proferunt contrariae sententiae patroni ad eam confirmandam. Ajunt in primis, verbis legis anteferendam legislatoris mentem (1), quae ad aequitatem potius, quam ad severitatem propensa judicanda est (2). Atque, hinc inferri posse, sentiunt, judicibus concessam esse publicis legibus auctoritatem, strictum jus ad aequitatem flectendi.

(1) *L. Labeo ait* 7. *§. Servius* 2. *ff. de suppel. leg.* (33. 10.

(2) *L. Placuit* 8. *cod. de judic.* (3. 1).

§. 68.

Sed facilis est responsio; non diffitemur, legislatoris voluntatem verbis potiorem esse; neque de hoc controvertitur: sed negamus, aequitatem potiorem esse verbis legislatoris, quae manifeste indicent ejus voluntatem. Fatemur, et praecipuam esse debere aequitatis rationem, quam stricti juris; sed negamus, tanti faciendam aequitatem prae jure stricto, ut illa hoc vincat contra expressam legislatoris voluntatem. Sane generalis allata Constantini sanctio (1), singulari speciei derogare, non potest, in qua constet Principi placuisse strictum jus aequitate postposita; alioquin enim nec servanda esset lex, quam Princeps ipse asperam diceret, servandam tamen juberet ex justis caussis sibi perspectis: quod est absurdissimum.

(1) *D. l. Placuit* 8. *cod. de judic.*

§. 69.

Convenientius ergo Constantini sententia iis casibus aptatur, quibus dubia sit lex, quae nimis aspera videatur; vel alia lege asperitas possit temperari; neque enim censendus est optimus Imperator sibimetipsi contrarius; cum alibi disertissime statuat, sibi soli licere, inter aequitatem, et strictum jus dijudicare (1).

(1) *D. l.* 1. *cod. de leg.* (1. 14).

§. 70.

Si vero quis contendat, alterutrum potius rescriptum in hac quaestione esse attendendum, animadvertat, oportet, posterius esse, quo judicibus interdicitur interpretatio inter aequitatem, et jus, eo, quo definitur, aequitatis potius, quam stricti juris habendam esse rationem (1).

(1) *Lex* 8. *cod. de judiciis lata est Idibus Maii anno* 314. ; *lex autem* 1. *cod. de leg. lata est. III, non Decembr. anno* 316.

§. 71.

Nec majorem vim habet exemplum jureconsultorum, quos, aequitate duce, a verbis legis recessisse, contrasentientes clamant: veluti cum Ulpianus humana interpretatione contra senatusconsultum Orphitianum ad matris hereditatem admitti tradit eum, qui operas suas locaverat, ut cum bestiis pugnaret, nec fuerat restitutus (1).

(1) *L.* 1. §. *Qui operas* 6. *ff. ad S. C. Tertyl.* (38. 17).

§. 72.

Praeterea Modestini rationem in medium afferunt, qua Marci constitutionem de temporibus proponendarum excusationum ex aequitate moderatur, ut non prius locum habeat computatio, quam ad tutelam vocatus amplius distet quadringentis millariis (1).

(1) *L. Scire* 13. §. *Aliud etiam* 2. *ff. de excusat.* (27. 1).

§. 73.

Nam, praeterquamquod post Augusti constitutionem, qua prohibitum fuit, ne quis de jure responderet, nisi potestate sibi ab Imperatore facta, vis quaedam legislativa, responsis prudentum ex Imperatoris mente inesse, judicabatur; quo fiebat, ut judicibus non liceret, ab eorum sententiis recedere (1).

(1) §. *Responsa* 8. *inst. de jur. nat. etc.* (1. 2).

§. 74.

Sed hoc privilegium nullibi concessum dignoscitur judicibus, aut jurisperitis nostrorum temporum; et veteres jureconsulti potestatem hanc tantum explicabant, ut mentem supremi legislatoris demonstrarent, non ut ejus sanctiones everterent, atque aequitatem quidem prae stricto jure sectabantur; sed cum haec erat, vel esse ipsis videbatur legislatoris sententia.

§. 75.

Ita se gessit Modestinus (1): Ulpianus vero (2) mitigationem stricti juris usu receptam, cui prudentum interpretatio locum dederit, indicat, non autem ex propria sententia strictum jus aequitatis intuitu postponendum tradit.

(1) *D. l.* 13. §. 2. *ff. de excusat.*

(2) *In. d. l.* 1. §. 6. *ff. ad S. C. Tertyl.*

§. 76.

His addatur Justiniani constitutio, qua judicibus praecipit, ut secundum leges sententiam dicant, easque incorrupte custodiant, itaut ne in ea specie quidem, qua imperatoria sanctio proferatur legibus contraria, ab iis fas sit recedere (1).

(1) *Omnis autem judex, sive cingulum habens, sive aliter judicans, custodiat leges, et secundum eas proferat sententiam: et vel si contingat jussionem nostram in medium, vel si sacram formam, vel si pragmaticam procedere sanctionem, dicentem aliter agi, sequatur legem; nos enim volumus obtinere, quod nostrae volunt leges. Novel.* 82. *cap.* 13.

§. 77.

Si autem posthabendum sit supremi imperantis singulare praeceptum, ut debitum legibus praestetur obsequium, sane nulla ratione defendi potest, licere jusdicentibus, aequitatis specie, apertam legem violare.

§. 78.

Huic constitutioni alia ejusdem Imperatoris adjungi potest, qua, officium judicum explicans, praecipuum illud esse, docet, ne aliter judicent, quam legibus, constitutionibus, vel probatis moribus receptum sit (1): nec de aequitate, cujus specie, a lege recedere, liceat, ulla ratione meminit.

(1) *Princ. instit. de offic jud.* (4. 17).

§. 79.

Quod ad Justiniani legem, quae objici potest (1), animadvertunt doctores, sententiam, quae ibi effertur, non tradi in novella, unde desumpta asseritur (2): quare, cum authenticae privata fuerint auctoritate collectae (3); quo fit, ut nullam vim habeant, nisi exemplari, ex quo decerptae sunt, congruant, fatendum est, nullum inde desumi posse argumentum ad firmandam contrasentientium opinionem.

(1) *Auth. Hodie cod. de judic.* (3. 1).

(2) *Novel.* 15. *cap.* 1.

(3) *Irnerii scilicet jureconsulti, ut communis opinio fert, Bononiensis, qui floruit circa annum* 1080.

§. 80.

Neque majorem vim habet, quod ex formula jurisjurandi a Justiniano tradita (1) quidam proferunt; in qua haec habentur verba: *omnem aequitatem servabo, secundum quod mihi visum fuerit justum.*

(1) *Novel.* 8. *tit.* 3. *in fine.*

§. 81.

Nam si caetera ejusdem formulae verba inspiciantur, dubitatio nulla supererit, quin Justinianus de aequitate loquatur, qua instructus judex legem diligenter servet, integre custodiat; quin avaritia, cupiditate, vel partium studio alio trahatur (1).

(1) *Æquus in caussis utrique parti* (verba sunt jurantis), *et in publicis disciplinis ero: nullique parti, citra quam justum est, praestabo: sed exequar universa delicta, et omnem aequitatem servabo, secundum quod mihi visum fuerit justum: et eos quidem, qui innoxii sunt, undique innoxios, illaesosque conservabo; noxiis autem imponam supplicium secundum legem: et omnem justitiam, sicut jam dictum est, in publicis, et privatis contractibus eis servabo. D. Novel.* 8. *tit.* 3.

§. 82.

Munere quidem cum honore fungantur judices, atque auctoritate polleant, qua a Principe donati sunt: sed illud eis concessum a legislatore non est, ut possint leges ipsius, aequitatis specie, infringere, et manifesta earum verba in alienum sensum eo colore detorquere; interpretandi enim rationem solius summi Imperatoris esse, et recta ratio, et civilia jura ostendunt.

§. 83.

Quare concludamus, judicibus quidem licere, aequitatem sequi, cum deficit scriptum jus; sed severitatem legis diligenter custodiendam contra aequitatem, quoties et illa a potestatem habente constituta est (1); aequitas enim non scripta non venit attendenda, sed rigor juris; ratio est, quia non dicitur aequitas illa, quae contra jus scriptum ortum trahit ex motu, et affectione animi particulari, imo per judices vitanda, et secundum eam nullatenus judicare possunt.

(1) *Cum legis vis tota pendeat a summi imperantis voluntate, et potestate. L. 1. ff. de constit. Princ.* (1. 4.) *l. ult.* §. 1. *in medio cod. de legibus* (1. 14.); *quippe ad eum pertinet, ea omnia statuere, quae publica utilitas exposcit, ita et ad eum spectat legis, quae aspera nimis videatur, declaratio, vel interpretatio.* Si enim in praesenti leges condere soli Imperatori concessum est, *ait Justinianus in d. l. ult.* §. 1. *cod. de legibus*, et leges interpretari solo dignum imperio esse oportet.

SECTIO IV.

De legibus, quae plerumque extensionem, vel restrictionem admittunt.

SUMMARIA.

Ratio singularis hujus sectionis. §. 84.

1. *Ampliantur leges, quae favent religioni, et publicae utilitati.* §. 85.

2. *Quae confirmant liberam de rebus propriis disponendi facultatem, nisi aliae leges, aut aequitas resistant.* §. 86.

3. *Quae consentaneae sunt naturali honestati, vel uni prosunt, quin alteri noceant.* §. 87.

4. *Quae poenas minuunt.* §. 88.

5. *Beneficia Principum; modo alterius jus non laedant.* §. 89.

6. *Permittentes extenduntur a majori ad minus.* §. 90.

7. *Prohibentes extenduntur a minori ad majus: ut et ad ea, quae ex re prohibita necessario pendent.* §. 91.

Leges permittentes extenduntur a majori ad minus, nisi agatur de rebus diversi generis, vel par utrobique ratio non sit. §. 92.

Exemplum de obligationibus a minore suscipiendis: atque de fundi dotalis alienatione, vel hypotheca ex lege Julia. §. 93.

In rebus invicem disjunctis, et arbitrariis non fit extensio legis permittentis a majori ad minus. §. 94.

8. *Leges extenduntur ad ea omnia, sine quibus suum non possunt sortiri effectum. Hinc jurisdictioni mixtum imperium cohaeret.* §. 95.

9. *Ampliantur leges, quae debitoribus favent; nisi agatur de caussis privilegiatis.* §. 96.

Restringuntur: 1. *Quae naturalem libertatem minuunt; puta quae solemnitates praescribunt contractuum, vel ultimarum voluntatum.* §. 97 et 98.

2. *Leges poenales, nisi adsit eadem legis ratio.* §. 99.

3. *Quae humanitati, et aequitati adversari videntur: veluti permittentes exheredationem, vel revocationem donationum.* § 100.

4. *Quae favent creditoribus odio debitorum.* §. 101.

5. *Privilegia contra jus, et communes regulas.* §. 102.

6. *Statuta, seu leges municipales, quae juri communi adversantur.* §. 103.

7. *Tandem difficilius extenduntur leges styli prolixioris, quam brevioris.* §. 104.

§. 84.

Jam traditum, et demonstratum est, legum sententiam ex ratione ampliari, quae verbis latius patet: contra restringi, cum verbis arctior est ratio (§. 24., *et seqq.*); quia ex ratione, cui verba serviunt, legislatoris mens tutius innotescit (1): sive lex ratione constet, sive ea aliunde cognita sit. Ut autem regulae hujus facilior sit usus, opportunum existimavimus, praecipuas saltem legum species generatim enumerare, quas plerumque aequitas postulat ampliari, vel restringi: nisi tamen evidenter repugnet legislatoris mens, quae semper praevalere debet.

(1) *Sic jureconsulti ex jure XII. tabularum per ampliativam interpretationem invexerunt legitimam patronorum tutelam; cum enim leges decemvirales iis onus deferrent tutelae, quibus commodum tribuebant successionis, quia commodum patronis dederant successionis, recta ratiocinatione, iisdem incumbere tutelae munus, interpretati sunt. Tit. instit. de legit. patron. tut. Pari ratione, quod de nuptiis senatorum cum quibusdam personis statuerant Imperatores, ad sponsalia Ulpianus protraxit. L. Oratio* 16. *ff. de sponsalibus* (23. 1.). *Contra ex eadem legis ratione generales sanctiones coarctarunt. L. Adigere* 6. §. *Quamvis nulla* 2. *ff. de jur. patron.* (37. 14).

§. 85.

1. Igitur ampliandae sunt leges, quae religioni favent; haec enim cuicumque alteri rei antecellit, et in hujus firmitate, atque integritate potissimum continetur publica, privataque salus, atque securitas (1). Idem sit judicium de legibus, quae publicae consulunt utilitati; quia haec privatae semper anteponenda est, utpote longe majoris momenti ex ordine charitatis, quae exposcit, ut pluribus prae paucis prospiciatur (2).

(1) *Nam propter publicam utilitatem, ne insepulta cadavera jacerent, strictam rationem insuper habemus, quae nonnunquam in ambiguis religionum quaestionibus omitti solet; nam summam esse rationem, quae pro religione facit. L. Sunt personae* 43. *ff. de relig., et sumpt. fun.* (11. 7).

(2) *L. Hoc modo legato* 64. §. 1. *ff. de condit, et demonstrat.* (35. 1).

§. 86.

2. Ampliantur, quae tendunt ad confirmandam libertatem naturalem, qua quisque actu inter vivos, vel ultima voluntate de rebus suis disponit; nisi tamen legibus, bonis moribus, vel aequitati in singularibus speciebus adversentur: puta si disponendi facultas in dispendium creditorum, vel prolis vertatur; suadet enim naturalis aequitas, ut cuique libertas a natura tributa, quantum fieri potest, intacta servetur (1).

(1) *Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis, rem suam in alium transferre, ratam haberi. §. Per traditionem* 40. *instit. de rerum divis. In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur. L.* 12. *ff. de reg. jur.*

§. 87.

3. Idem dicendum de legibus, quae honestati maxime consentaneae sunt, quales habentur, quae filiorum prae extraneis institutionem adstruunt (1); ordo enim charitatis in dubio semper praevalere debet (2): sicuti et illae, quae alteri prosunt, et nemini nocent (3).

(1) *Aliam esse caussam institutionis, quae benigne acciperetur. L. Cum quidam* 19. *ff. de lib., et posth.* (28. 2).

(2) *Quare tradit Ulpianus, eum, qui filiabus legatum reliquit, etiam de posthuma sensisse videri, si in aliqua testamenti parte mentionem posthumae fecerit. L. Qui filiabus* 17. *ff. de legat.* 1. (30. 1); *filiarum enim nomine et posthumae continentur, quoties de earum commodo agitur. L. Nomen filiarum* 164. *ff. de verb. sign. mentionem autem posthumae factam requirit jureconsultus; quia alioquin praesumeretur, de iis neutiquam cogitasse.*

(3) *Jure ergo tradit Paulus, utilem actionem dandam ei, qui in alterius agro restituere vult aggerem, qui sibi prodest, alteri vero non nocet, ita suadente aequitate. L. In summa 2. §. Item Varus 5. ff. de aq., et aq. pluv. arc.* (39. 3).

§. 88.

4. Extenduntur, quae praestitutas contra reos poenas minnunt, sive criminali, sive civili judicio infligantur (1); humanitas enim, et naturalis commiseratio nos monet, ut alterius calamitatibus levamen, quantum fieri honeste potest, afferamus; quia et hoc ab aliis nobis fieri peroptamus (2).

(1) *In poenalibus caussis benignius est interpretandum. L. Factum* 155. §. *ult. ff. de reg. jur.*

(2) *Quod ab alio oderis tibi fieri, vide ne tu aliquando alteri facias. Tobiae cap. IV. vers.* 16. *Omnia ergo quaecumque vultis, ut faciant vobis homines, et vos facite illis: haec est enim lex, et prophetae. Matth. cap. VII. ver.* 12.

§. 89.

5. Ampliari debent beneficia Principis (1); nam summa semper praesumenda est ipsius benignitas, atque liberalitas: modo tamen incolume servetur cujuscumque alterius jus; neque enim existimandum est, Principem velle, alteri beneficium conferre cum alterius dispendio (2).

(1) *L. Beneficium Imperatoris* 3. *ff. de const. Princ.* (1. 4).

(2) *L. Praetor ait* 2. §. *Si quis a Principe* 16. *ff. ne quid in loco public.* (43. 8).

§. 90.

6. Leges, quae aliquid permittunt, ab eo, quod majus est, amplientur ad id, quod minus est (1). Qui ergo alio invito potest alienare, multo magis poterit eo absente, et ignorante (2): sicut et vendere conceditur illi, qui donare potest (3)

(1) *In eo, quod plus sit, semper inest et minus. L.* 110. *ff. de reg. ur., l. Nonj debet* 21. *ff. eod.*

(2) *L. Qui potest* 26. *ff. eod. tit.*

(3) *L. Cujus est* 163. *ff. eod. tit.*

§. 91.

7. Leges, quae aliqnid prohibent, contra protenduntur ab eo, quod minus est, ad id, quod est majus. Qui ergo ob aliquem defectum, vel in poenam alicujus delicti promoveri non potest ad inferiorem ordinem, minus dignus est superiore (1). Potiori ratione extenduntur leges ad ea, quae ex prohibitione ipsa sponte consequuntur. Quare, qui prohibitus est alienare, non potest confirmare alienationem (2).

(1) *V. l. Qui indignus est* 4. *ff. de senator.* (1. 9.), *l. Relegatorum* 7. §. *ult. ff. de interdict., et relegat.* (48. 22.), *l. Cui pacto* 5. *ff. de serv. exportand.* (18. 7).

(2) *Argum. l.* 1. *et* 2. *cod. si maj. fact. rat. hab.* (2. 46).

§. 92.

Verum, quae duobus proximis articulis diximus, de iis rebus intelligi debent, quae sunt ejusdem generis, vel in quibus eadem obtinet legis ratio, vel naturali quodam vinculo connexae sunt. Quamvis ergo minor possit, testamento de rebus suis pro arbitrio disponere, non poterit tamen contractu inter vivos, ne partem quidem earum alienare (1); quia de diversa alienationis specie agitur: et ratio, qua moti legislatores liberam testamento disponendi facultatem minoribus tribuerunt, contractibus non congruit (2).

(1) *L.* 1. §. *Et ideo* 3. *ff. de minor.* (4. 4.), *l. A qua aetate* 5. *ff. qui testam. fac.* (28. 1).

(2) *Nimirum, quia adhuc infirmum est minorum consilium, nimia alienandi, vel donandi facilitate sibi nocere gravissime possent; quod periculum abest, si testamento se rebus suis disponant: et quamvis omnino perfectum ipsis non sit animi judicium, sufficiens tamen esse merito visum est, ne denegaretur extrema statuendi potestas.*

§. 93.

Eadem fere ratione, quamvis valida sit minorum obligatio occasione matrimonii pro dotis restitutione, et augmento dotali contracta, inde inferri non potest, eandem inesse vim caeteris minoris obligationibus, quantumvis minoris momenti; idcirco enim minores non prohibentur, nuptiarum caussa se se obligare, quia, cum fas ipsis sit, matrimonium contrahere, eis etiam licere debet, quidquid inde consequens est (1). Idem esto judicium de ea lege, qua olim marito vetitum erat, ne dotem mulieris, ipsa etiam consentiente, pignori daret, dum permittebat, ut ex mulieris consensu dotem posset alienare (2); facilius enim indulserunt leges in hac specie dotis alienationem; quia ob praesens eam amittendi periculum difficilius mulier consentit: facilius consensura in obligationem; quia magis remotum est periculum.

(1) *V. infra* §. 428. *tom.* 2.

(2) *L. unica* §. *Et cum lex Julia* 15. *cod. de rei uxor. act.* (5. 13).

§. 94.

Aliam addendam supradictis definitionibus exceptionem jam diximus (§. 92.), quum de iis rebus quaestio est, quae nullam habent necessariam inter se connexionem, sed ex mero imperantis arbitrio sunt dimetienda. Hinc, quamvis olim liceret praesidibus provinciarum, morti reos addicere, quae gravior omnium poena est, denegata tamen ipsis fuerat ab Imperatoribus singulari quadam ratione deportandi facultas (1).

(1) *L. Inter poenas* 6. §. 1. *ff. de interdic.*, *et relegat.* (48. 22).

§. 95.

8. Leges omnes ad illa omnia porriguntur, sine quibus effectum suum sortiri non possent. Cum ergo Magistratus munus suum congrue exercere nequeat, nisi facultas ei concedatur, qua delinquentes coerceat, atque rebelles subjiciat, tributa jurisdictione mixtum imperium consequenter permittitur (1). Ita etiam cum liceat minoribus matrimonio jungi, fas et ipsis esse debet, iis obligationibus adstringi, quae inde consequuntur. (§. 93).

(1) *L.* 2. *de jurisdict.*

§. 96.

9. Demum interpretatione ampliantur leges, quae debitoribus favent (1); quia suadet naturalis aequitas, atque humanitas, ut proniores simus ad liberandum, quam ad obligandum (2). Haec tamen regula limitatur, quando de caussis speciali favore dignis agitur; quia tunc favor caussae praevalet favori rei. Exempla sunt in iis caussis, ubi de libertate, de dote, de matrimonio tractatur (3).

(1) *Favorabiliores rei potius, quam actores, habentur. L.* 125. *ff. de reg. jur.*

(2) *L. Arianus ait* 47. *ff. de obligat.*, *et act.* (44. 7).

(3) *Duobus judicibus . . . . diversas sententias proferentibus . . . . . tenet pro reo, non pro actore sententia; nisi in caussa favorabili, puta matrimonio, libertate, dote, seu testamento pro ipso fuerit promulgata. Cap. ult. extra de sent., et re judic.* (2. 27.) *V. l. Inter pares* 38. *ff.* de *re judic.* (42. 1).

§. 97.

Contra restringuntur, quae libertatem a natura tributam minuunt, sive coarctant: quales sunt, quae prohibent, quod per se honestum est: non enim onus aliquod alteri addendum est, nisi legislator aperte declaraverit suam voluntatem (1): si tamen lex aliquid prohibeat, etiam vetare censetur ea, per quae ad rem prohibitam perveniri possit (2).

(1) *Arg. d. l. Arianus ait* 47. *ff. de obl.*, et *act.*

(2) *Thes. quaest. forens. lib.* 2. *qu.* 76. *n.* 4., *et* 9., *ubi, quia prohibita est alienatio feudi, prohibitum quoque traditur, legatis exhaurire bona allodialia, unde contingat, dotem super feudo capi debere. Ita quoque prohibitis nuptiis senatorum cum quibusdam personis prohibita dicuntur cum iisdem sponsalia. L. Oratio* 16. *ff. de sponsalibus.* (23. 1).

§. 98.

Hinc restringendae sunt leges, quibus praescribuntur solemnitates in contractibus, vel ultimis voluntatibus servandae (1); quia sustinenda est, quantum fieri potest, libera facultas a natura homini tributa de re sua disponendi (§. 87).

(1) *Nam sicut nihil facile mutandum est ex solemnibus, ita neque multiplicandae sunt solemnitates. Fab. cod. de testib lib. 4. tit. 15. def. 25. n. 8. in allegat., arg. l. In re hypothecae 4. ff. de fid. instrum.* (22. 4).

§. 99.

2. Leges poenales utplurimum ampliationem refugiunt, nec ultra angustos verborum legis fines extenduntur (1); cognatio enim, quam natura inter omnes homines constituit (2), nos monet, ut clementiam, atque benignitatem severitati praeferamus; atque haec in dubio praesumitur legislatoris voluntas (3). Si tamen in altero casu adsit ratio eadem, quae est in specie, de qua lex poenam statuit, tunc jure extendetur poenalis lex (4); sufficit enim, si assistat legis sententia, quamvis desint ejus verba (5).

(1) *Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius, quam asperandae. L. 42. ff. de poenis, l. Factum cuique 155. §. In poenalibus 2. ff. de reg. jur.*

(2) *L. Ut vim 3. ff de just., et jur.* (1. 1).

(3) *Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur. L. 18. ff de legib.*

(4) *Ad omnes enim leges pertinet, quod supra demonstravimus (§. 20., et seqq.), legis sententiam aliunde tutius non intelligi, quam ex ejusdem ratione. V. l. Sive ingenua 2. §. Si mater 23., et seqq. ff. ad S. C. Tertyl.* (38. 17.), *in qua Ulpianus legem, quae matrem a successione repellit ob non petitum tutorem, ad plures casus extendit lege non comprehensos ex ejus sententia; quamquam, ubi poenalis extendenda proponitur, ejus ratio penitius inspicienda est.*

(5) *Verbum ex legibus sic accipiendum est, tam ex legum sententia, quam ex verbis. L. Nominis 6. §. 1. ff. de verb. signif.*

§. 100.

3. Idem, quod de legibus poenalibus, judicium debet esse de illis, quae nimium rigorem praeseferre videntur, vel adversari humanitati, atque aequitati: in quarum numero sunt, quae exhaeredationem liberorum permittunt (1); sicut et quae concedunt revocationem donationum; quia eo tendunt, ut alterum privent jure legitimo acquisito (2).

(1) *Aliam esse caussam institutionis, quae benigne acciperetur, exhaeredationes autem non essent adjuvandae. L. Cum quidam 19. ff. de lib., et posth.* (28. 2).

(2) *Fab. cod. de revoc donat. lib. 8. tit. 38. def. 1. et 5.*

§. 101.

4. Limitantur pariter, quae creditoribus favent cum debitorum dispendio; quia in dubio melior esse debet debitoris, quam creditoris conditio (1); ille enim dumtaxat retinere satagit, seu damnum vitare, hic acquirere contendit, et lucrari.

(1) *D. l. Arianus ait 47. ff. de obligat., et action.* (44. 7).

§. 102.

5. Stricte intelligenda sunt privilegia (1) contra jus, atque illa omnia jura, quae generalibus communiter receptis regulis opponuntur (2); publica enim securitas, et salus postulant, ut intactae leges ab omnibus custodiantur, una sit civium omnium agendi ratio; et intacta, quantum fieri potest, permaneant generalia saltem jurisdicendi principia.

(1) *L. 1. §. ult. ff. de const. Princ.* (1. 4).

(2) *Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias. L. 14. ff. de legib.* (1. 3). *V. l. Qui negotia 34. princ. ff. mandati* (17. 1).

§. 103.

6. Restrictiva interpretatione utendum est, cum de statutis agitur, sive legibus muni-

cipalibus, quorum ea semper capi interpretatio debet, ut quam minus a jure communi recedatur (1); de quibus latius infra dicemus.

(1) *Edict. D. Amed. VIII. ap. Solam pag.* 1.

§. 104.

Demum defficilius extenduntur leges styli prolixioris, dum contra facilior extensio fit legum styli brevioris; sicut enim enumeratio casuum particularium vim legis infirmat in casibus non enumeratis: ita contractior dicendi ratio plus voluisse legislatorem, quam scriptum sit, non obscure significat.

CAPUT II.

De legum Romanarum interpretatione.

SUMMARIA.

In legum Romanarum interpretatione generales regulae, et speciales sunt. §. 105.
Summa est aequitas juris Romani. §. 106.
Referuntur jureconsultorum sententiae, quibus evincitur aequitas juris Romani. §. 107.
Sed et naevos quosdam habent jurisprudentiae Romanae libri. §. 108.
Qui sint Romanae jurisprudentiae naevi. §. 109.
Menda irrepserunt in eos ex librariorum inscitia, et negligentia. §. 110.
Ex usu quoque siglorum, et notarum menda profluxerunt. Exemplum ex fragmento Africani. §. 111.
Justinianus siglorum, et notarum usum prohibuit in libris juris. §. 112.
Erroribus quoque locum fecit confusio verborum, et periodorum. §. 113.
Incuria, et nimia compilatorum festinatio. §. 114.
Tribonianus partim culpandus, partim excusandus. §. 115.
In libris juris Romani sunt antinomiae, seu sententiae inter se pugnantes. §. 116.
Plures etiam sunt obscurae nimis leges. Unde repetenda obscuritas haec? §. 117.
Enumeratis mendis, inquirenda est ratio emendationis. De textibus corruptis. §. 118.
Vulgares codices ad exemplar Florentinum exigendi: consulendi etiam Graeci, interpretes, et libri Basilicorum. §. 119.
Caute admodum sunt emendandae leges, non nisi necessitate cogente, et a sapientibus. §. 120.
Redarguuntur qui passim, et temere leges emendant. §. 121.
Si una lex contrariam alteri legi sententiam ferat, in primis inspicienda sunt utriusque tempora. §. 122.
Exemplum conciliationis, distinctione temporum ineundae, in pignore rei alienae, cum dominus debitori haeres est. §. 123.
Si ex diversitate temporum tolli nequeat legum repugnantia, praeferenda lex, quae regulis juris naturalis, et juris principiis magis consona est, nulla facta jureconsultorum distinctione. §. 124.
Quid agendum, cum lex obscura est. Tria sunt genera librorum, ex quibus decerpta sunt jureconsultorum fragmenta. §. 125.
Cavendum in primis est, ne verba narrativa jureconsultorum confundantur cum decisivis. §. 126.
Prima communis regula interpretationis pro diversis hisce libris est comparatio fragmentorum, quae hincinde dispersa sunt. §. 127.
Dispersa fragmenta colligi possunt ope inscriptionum. §. 128.
Demonstratur utilitas hujusce comparationis ope inscriptionum exemplo petito ex l. 6. ff. de transact. §. 129.

Ex comparatione l. 6. ff. de transact. cum l. 1. ff. quemad. testam. aper. constat, in illa de facto agi, non de jure. §. 130.

Prodest quoque legum, jureconsultorum, Romanae Reipublicae historia. §. 131.

Praecipua interpretationis ratio ex naturali jure, et aequitate deducitur, §. 132.

Johannis Ludovici Vives sententia de interpretibus, qui juris naturalis, et aequitatis subsidium negligunt. §. 133.

Speciales interpretationis regulae. Fragmenta decerpta ex libris digestorum, vel ad edictum comparanda sunt cum capitibus edicti perpetui. §. 134.

Fragmenta ex libris singularibus a libri argumento interpretationem accipiunt. Exemplum de pignore, et hypotheca. §. 135.

Quae desumpta sunt ex libris quaestionum, responsorum etc., invicem comparanda sunt. §. 136.

Praeterea fingenda, seu inquirenda species jureconsulto proposita. §. 137.

Regula haec potissimum servanda in legibus interpretandis, quae positae sunt sub titulis de verb. signif., et de reg. jur. §. 138.

Ex legibus codicis aliae sunt generales, singulares aliae: generales latiorem habent interpretationem. §. 139.

Prodest etiam investigatio, et comparatio inscriptionum §. 140.

Nec praetermittendae subscriptiones: vires tamen habet lex subscriptione destituta. §. 141.

Transitio. §. 142.

§. 105.

Quamvis in Romanis legibus interpretandis eaedem servandae sint regulae, quas de interpretatione legum in genere disserentes exposuimus; quia tamen singularia plura notatu digna in illis occurrunt, idcirco speciatim de his agendum fuit: eo vel maxime, quod apud omnes fere populos post municipales sanctiones vim legis obtinent (1), et ab omnibus, qui vere sapiunt, veluti fons civilis, et solidae jurisprudentiae considerantur.

(1) *Ita apud nos cautum, ut post Regias Constitutiones, statuta locorum, et decisiones supremorum Magistratuum servari debeant. Reg. Const. lib. 3. tit. 22.* §. 16.

§. 106.

Sed priusquam de interpretatione Romanarum legum speciatim dicamus, quaedam praenotanda sunt, quae hodie a sapientibus, qui verum amant, in dubium non revocantur. Atque in primis, consentiunt omnes, si paucos excipias, qui vix in aliorum operibus unquam inveniunt, quod probent, et laude dignum existiment, et quasi humanae imbecillitatis ignari despiciunt, quaecumque ex omni parte perfecta non deprehenderint, consentiunt, inquam, omnes, summam esse plerumque aequitatem juris Romani: in eo rectae rationis, et naturalis honestatis principia firmari: jureconsultos vero hisce principiis imbutos in id potissimum incubuisse, ut solidam ex iisdem principiis erutam jurisprudentiam traderent, et constituerent.

§. 107.

Assertionis hujusce veritatem evincunt innumera jureconsultorum fragmenta, quae passim occurrunt in Romanae jurisprudentiae libris; veluti tria esse juris praecepta: honeste vivere, neminem laedere, jus suum unicuique tribuere (1): cognationem quamdam inter omnes homines naturam constituisse, qua fiat, ut hominem homini insidiari, nefas sit (2): atque, beneficio affici hominem, intersit hominis (3): et consequenter peti non posse poenam in venditione appositam, quae ad vindictam pertineat (4); atque cuicumque, humanitatis ratione, etiamsi nec necessarius sit, nec speciatim ejus intersit, permittendum, ut provocet pro eo, qui ad supplicium ducitur, quamvis resistat is, qui damnatus est adversus provocationem (5). Ex jure, quod hominis proprium est, descendere religionem erga Deum, obsequium erga patriam, et parentes (6). Atque hinc non temere jurandum (7). In conjugiis servandam naturalem honestatem, et verecundiam; qua fit,

ne liceat patri naturali, filiam vulgo quaesitam in uxorem ducere (8), atque ut affinitas, etiam extra matrimonium quaesita, nuptiis impedimento sit (9). Demum ne longior sim in re obvia, aurea est, et christiano homine dignissima Papiniani sententia asserentis, quaecumque facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam, vel quacumque ratione bonis moribus, adversantur, impossibilia existimanda esse (10).

(1) *L. Justitia* 10. §. 1. *ff. de just., et jur.* (1. 1.)
(2) *L. Ut vim* 3. *ff. eod. tit., l. Quod attinet* 32. *ff. de reg. jur.*
(3) *L. Servus* 7. *ff. de servis exportan.* (18. 7.)
(4) *D. l.* 7. *in fine, junct. l.* 6. *ff. eod. tit.*
(5) *L. Non tantum* 6. *ff. de appellat., et relat.* (49. 1.)
(6) *L.* 2. *ff. de just., et jur.*
(7) *L. Si duo patroni* 13. §. *ult. ff. de jurejur.* (12. 2.)
(8) *L. Adoptivus* 14. §. *Serviles* 2. *ff. de ritu nupt.* (23. 2.)
(9) *D. l.* 14. §. *Idem tamen* 3.
(10) *L. Filius qui fuit* 15. *ff. de condit. instit.* (28. 7.)

§. 108.

Sed quamquam haec verissima sunt, non inde tamen jure quis colliget, ab omni errore, et labe immunes esse Romanae jurisprudentiae libros. Suos, fatendum est, habent naevos, quod commune est libris omnibus, si unam sacram scripturam excipias: sed neque tot, neque tantos, ut plures clamitant. Quare duo extrema hic caute vitanda sunt. Primum eorum, qui mangnopere sibi plaudunt, cum aliquid compilatoribus corporis juris per fas, aut nefas exprobrandum invenerint. Alterum eorum, qui Romanas leges ita serviliter tractant, ut omnia, quae in iis reperiuntur, pro oraculis habeant, nulla in earum collectionem menda irrepsisse, perfracte defendant: atque eos, qui aliter sentiunt, temeritatis, aut stultitiae accusent. Sane, nec injuria, vana haec persuasio a quibusdam superstitio (1), ab aliis haeresis puerilis appellatur (2).

(1) *Johann. Mercer. in conciliat.*
(2) *Ita post Cujacium Reynerus Bachovius, ac Treutl. vol.* 2. *disput.* 13. *tom.* 4.

§. 109.

Naevi autem Romanae jurisprudentiae ad tria capita possunt revocari, 1. Quod aliquando vitiati sint textus, et mendis inquinati. 2. Quod omnes leges non omnino invicem conseutiant. 3. Quod non raro eveniat, ut obscura sit legum sententia: vel prima fronte aequitati, aut receptis juris regulis non omnino consentanea.

§. 110.

In primis ergo dicimus, menda irrepsisse in corporis civilis libros: quod factum est, tum incuria librariorum, seu scribarum, qui per plura saecula ante praeclarissimam typis edendi artem libros describebant, atque prae inscitia, negligentia, vel nimia festinantia menda non emendabant, vel et prius ipsi scribebant (1).

(1) *Mirum sane videri non debet, longissimo temporis spatio hoc contigisse, quod de scriptis suis Cicero querebatur. L.* 3. *epist. ad Quintum fratrem epist.* 5.

§ 111.

Altera mendorum seges inde profluxit, quod veteres notis, et siglis uterentur (1), ex quibus perperam intellectis non raro aliud pro alio scribi contigit. Ita, ut exemplum proferamus, vitiatam esse post Cujacium (2), fere omnes fatentur, Affricani sententiam, in qua legitur: *Cum is, qui sub conditione debet, manumittat fideicommissi caussa, lex Ælia Sentia locum habet* (3); cum enim lex Ælia Sentia ad eos casus pertineat, quibus debitor in fraudem creditorum manumittit, ut omnibus notum est, longe convenientius pro *fideicommissi caussa*, legitur, *fraudandorum creditorum caussa*; quae verba iisdem siglis F. C. designari solebant, ut testatur Valerius Probus.

(1) *Notae a siglis distinguuntur; notae enim sunt quaedam signa integram vocem*

significantia. Sigla vero sunt litterae initiales, quae integrum verbum referunt. Sic verbum mille *per notam hoc modo exprimebant* ∞: *per sigla littera* m. *Talia sigla erant S. P. Q. R., idest Senatus, populusque Romanus.*

(2 *Cujac. lib.* 4. *obs. cap.* 31.

(3) *L. Cum is* 8. *ff. Qui, et a quib. manum.* 40. 9.)

§. 112.

Atque hinc Justinianus, ex notis, et siglis obscuritates, et errores saepe oriri intelligens, districte vetuit, ne, in describendis juris civilis libris iisdem uti, liceret, poena falsitatis indicta (1). Cui tamen Justiniani mandato amanuenses non obtemperasse, omnes fatentur; et satis constat, tum ex codicibus juris manuscriptis, tum ex ipsis pandectis Florentinis.

(1) *L. ult.* §. *Eadem poena* 22. *cod. de vet. jur. enucleando.* (1. 17.)

§. 113.

His adde, in ipso codice Florentino nullam ut plurimum apparere verborum, et periodorum distinctionem; sed omnia continua serie, juxta veterem morem, scripta esse, prout testatur Antonius Augustinus (1). Cum ergo periodorum, vocum, et paragraphorum distinctio a pandectarum editoribus posita sit, saepe contigit, ut ex ea perperam concinnata, absurda, vel aliena sententia jureconsultis accommodata fuerit.

(1) *Lib.* 1. *emendat. cap.* 4., *et cap.* 9.

§. 114.

Tertia tandem mendorum caussa est incuria, vel potius nimia compilatorum festinatio, qui, cum ipsis a Justiniano concessum fuisset decennium complendo huic operi, triennio tamen absolverunt (1), quod prae librorum multitudine, et diversitate longius vicennio tempus desiderasset (2). Sane iis non assentimur (3), qui leges, quas non intelligunt, aut quarum oratio non satis pura, aut elegans sit, statim Triboniano adscribunt; quasi a Triboniano necessario profecta sint, quae ipsis inexplicabilia videntur, quos justo meticulosioribus hominibus quidam comparant, qui, spectra veriti, ubique spectra vident.

(1) *L. Tanta circa nos* 2. §. *Omni igitur* 12. *cod. de vet. jur. enucl.* (1. 17.)

(2) *Veterum jureconsultorum sententias pene ad duo millia librorum, et triginta miriadas versuum ascendisse, auctor est Justinianus in l. ult.* §. 1. *cod. eod. tit.*

(3) *Inter quos potissimum referuntur Hotommannus in opere, quod inscripsit Anti-Tribonianum ...., et Antonius Faber, qui idcirco ab aliquibus dictus fuit* perturbator jurisprudentiae; *quia sub specie* Tribonianiami (*verbum est ab ipso passim usurpatum*) *leges pro lubitu emendat, addit, vel detrahit iisdem.*

§. 115.

Quin nec iis adhaerendum putamus, qui Tribonianum redarguunt, quod plura antiquitatis monumenta praetermiserit: sententias jureconsultorum, quibus jus vetus continetur, integre non retulerit: et aliquando jus novum post jureconsultos inductum simul congesserit, quamvis enim consultius fecisset si, quae de suo, vel ex jure novo ipse addidit, signo aliquo notasset: culpae potius Justiniano haec verti debent, qui, servato jureconsultorum nomine, honoris gratia, emendanda constituit, quae minus aequitati consona, aut minus consentanea jurisprudentiae, quae tunc temporis vigebat, confectoribus visa fuissent (1).

(1) *L. ult.* §. *Tanta autem* 10. *cod. de vet. jur. enucleando* (1. 17.)

§. 116.

Potius ergo inter Romanae jurisprudentiae naevos, qui tamen venia in opere tam vario, et diffuso digni sunt, recensere possumus plures antinomias, seu contradictiones. Sunt equidem, qui in corpore juris omnia perfecte cohaerere, et textus in speciem contrarios invicem posse conciliari, defendunt: sed, praeterquam quod inutiliter se, et alios torquent; sensum verbis affingunt, quem ipsi in animo habent, de quo forte nunquam co-

gitavit jureconsultus, alterum ex his fateantur necesse est: vel diversarum sectarum jureconsultos in idem semper convenisse judicium; cum tamen passim alter alterius sententiam refellat: vel Tribonianum, aliosque compilatores divino afflante numine scripsisse, quod omnino necessarium esset prae humani ingenii imbecillitate, ut in tanta rerum copia, et diversitate omnia ad unam consonantiam redigerentur: potissimum, si animadvertatur, corpus juris non ab uno, sed a pluribus (1) compositum fuisse, quorum unanimes sententias ubique fingere puerile esset: nec prae temporis angusta (§. 114.) fieri potuit, ut rebus omnibus conjunctim, et mature perpensis omnes tandem eadem saperent.

(1) *Sexdecim enumerat Justinianus, qui pandectis elaborandis operam dederunt in l. 2. §. Quae omnia 9. cod. de vet. jur. enucl.*

§. 117.

Demum et in Romana jurisprudentia, nec immerito, redarguitur obscuritas plurimarum legum, quae aenigmatibus ab eruditis comparantur, et jureconsultorum cruces solent appellari (1). Quod partim tribuendum est modo, quo concinnatum fuit corpus juris, scilicet ex jureconsultorum, et Imperatorum fragmentis: partim repetendum ex indole textuum, quorum plures, quum excerpti sint ex responsis ad singularem facti speciem, non potest earum vis plene innotescere; utpote quia ignoretur species, cui a jureconsultis, vel Imperatoribus aptati fuerunt.

(1) *Inter leges difficiliores vulgo recensentur. L. cum societas 69. ff. pro socio, l. Frater a fratre 38. ff. de condict. indeb., l. Lecta 40. ff. de reb. cred., l. Stychum, aut Pamphilum 95. §. quod vulgo 3. ff. de solut.*

§. 118.

Enumeratis mendis, quae in libris Romanae jurisprudentiae sunt, inquirendum superest, qua ratione possint emendari, ne ex iis et nos in errorem inducamur; parum enim prodesset, morbum detexisse, nisi et congrua suppeditarentur remedia. Quod pertinet ad leges corruptas, et mendis inquinatas, cum explicari non possit textus, qui nullum, vel nonnisi absonum sensum habet, primum do vera, et genuina lectione constare debet.

§. 119.

Ut autem de vera textus lectione constare possit, plures vulgo a doctoribus rationes demonstrantur; scilicet ut pandectae ad exemplar Florentinum, quod, caeteris antecellere. omnes fatentur (quamquam et aliqua menda in illud irrepsisse certum est) exigantur: tum et Graeci interpretes consulantur, veluti Theophilus, Harmenopolus, et praecipue libri Basilicorum (1). Sed quia non omnibus haec patet via, idcirco saltem iis editionibus corporis juris utendum est, quae a magni nominis auctoribus, quique in genuina legis lectione restituenda diligentissime elaborarunt, in lucem proditae sunt: atque inter hos, nemine contradicente, supereminet Dionysius Gothofredus (2).

(1) *Libri Basilicorum ita dicti a Basilio Macedone C. P. Imperatore, qui eos anno 838. edidit; postea aucti a Leone, et Constantino Porphyrogeneta, atque ab hoc in libros 60. divisi sunt: corpus juris civilis ad exemplum Justinianei elaboratum.*

(2) *Recentiores editiones librorum juris fere in omnibus jam restitutae sunt; Exemplo esse possunt l. 1. §. Si rem 32. ff. depositi; ubi olim legebatur:* Si rem a servo depositam Titio, quem Dominus ejus puta stycum; *quae verba nullum sensum habent, ita restituta sunt:* quem dominum ejus putasti: *et similes.*

§. 120.

Cavendum tamen, ne tunc emendetur lex, cum ita explicari potest, ut nec ineptum sensum, nec a juris ratione alienum habeat, licet forte elegantius loqui potuisset legis auctor; ridicula enim est consecutio: potuit clarius, vel elegantius loqui, ergo ita locutus est; atque experientia constat, auctoribus etiam politiori loquendi generi assuetis quaedam verba minus apta, quasdam dictiones minus elegantes excidere.

§. 121.

Hinc merito a sapientibus culpantur, qui passim leges emendant, quas non intelligunt, vel quas clariores, et elegantiores putant, quemadmodum ab ipsis restituuntur: atque saepe tenebras potius offundunt, et universam jurisprudentiam turbant. Ad munus interpretis pertinet quidem legis explicatio, non autem immutatio; alioquin nihil certum, et stabile futurum est in civili jurisprudentia. Prae oculis ergo semper habenda haec regula: nonnisi cogente necessitate leges posse emendari: quin et tunc sobrie agendum, ut, quanto minus fieri possit: immutetur; nec omnibus competit immutandi potestas, sed sapientioribus tantum, et in omnibus, quae ad civilem jurisprudentiam pertinent, apprime instructis.

§. 122.

Cognita legis genuina lectione, si aliqua lex in aliam impingere videatur, in primis distinguenda sunt tempora, quibus auctor utriusque floruit; cum enim apud Romanos, sicuti et apud alios populos contingit, mutationem pro diversitate temporum passa sit jurisprudentia, ita etiam suadentibus temporum, et rerum adjunctis, non mirum, si, non tantum in codice, ubi Imperatorum sanctiones continentur, sed et in ipsis pandectarum libris jureconsulti, qui longo post tempore floruerunt, diversa sentiant a prioribus: abrogata scilicet, vetere jurisprudentia, vel Principis auctoritate, vel contrario usu, vel etiam communi prudentum consensu. Atque in his, cum posterior lex priorem destruat, non dubium, quin posteriori, priore explosa, sit inhaerendum. Quare opus est, in aetatem jureconsultorum inquirere.

§. 123.

Exemplo res clarior fiet. In ea quaestione, utrum pignus rei alienae convalescat, si dominus; quo ignorante, vel invito res tradita est, debitori haeres extiterit, negat Paulus (1): affirmat Modestinus (2). Non inepte dici potest, Pauli aetate nondum receptum fuisse, ut pignus in hac specie convalesceret: admissum vero tempore Modestini qui omnium jureconsultorum, quorum responsa in pandectis referuntur, postremus fuit (3). Haec sane longe convenientior videtur conciliationis ratio. Qui utriusque jureconsulti sententiam retinendam putant, distinguunt inter pignus confirmatum, et non confirmatum; cujus distinctionis vestigium nullum est in allatis responsis.

(1) *In l. Rem alienam* 41. *ff. de pign. act* (13. 7.)

(2) *In l. Si Titio* 22. *ff. de pign., et hypoth.* (20. 1.)

(3) *Floruit Paulus sub Imperatoribus Severo, Antonino Caracalla, et Alexandro, temporibus etiam Ulpiani, et Papiniani.*

§. 124.

Quod si legum antinomiae ex temporis diversitate emendari non possint, cum inter jureconsultos nullus sit, qui alteri auctoritatis pondere antecellat; quippe quia Justinianus omnia eorundem responsa propria fecerit (1): nec ullum amplius discrimen esse voluerit, aut praelationem tribui alicui ex jureconsultis, aut majori, vel minori numero eorundem (2), contra quam constituerat Teodosius junior (3), ex quo vincebat major jureconsultorum numerus, et in pari numero sententia eorum, quibus Papinianus accederet; consequens est, ex legibus dissentientibus illam potius recipiendam, quae juris naturalis regulis, vel aliis juris civilis principiis melius consonat.

(1) *L.* 1. §. *Sed et hoc* 7. *cod. de vet. jur. enucl.* (1. 17.)

(2) *D. L.* 1. §. *Sed neque* 6.

(3) *L.* 1. *cod. Theod. de respons. prudent.*

§. 125.

Demum si lex obscura sit, praeter regulas generales interpretationis, quas jam exposuimus (§. 17. ad §. 44.) plura sunt observanda. Atque in primis, si de legibus pandectarum interpretandis quaestio sit, cum responsa jureconsultorum proprie leges non

sint, sed privatorum sententiae, quibus legis vis a Justiniano tributa est, distinguenda sunt tria genera librorum, quibus jureconsulti scripserunt. Alii continent certum subjectum, cujus materia varia est, et ordine quodam digesta. Tales sunt libri ad edictum, ex Cajo, Ulpiano, Paulo; tum et libri digestorum Celsi, Juliani, Marcelli, et Ulpiani. Alii sunt singulares unum argumentum tractantes: veluti Ulpiani de officio proconsulis, de officio praetoris tutelaris: Marciani ad formulam hypothecariam, Pauli ad l. Cinciam, ad l. Falcidiam. Tertio demum quidam sunt miscellanei, ita dicam, quibus variae pertractantur materiae, et quaestiones vario ordine. In hoc numero sunt libri epistolarum, quaestionum, disputationum, responsorum, sententiarum, et similium.

§. 126.

Diversae autem servandae sunt regulae in sententiis explicandis, quae ex diversis hisce libris erutae sunt, quamquam et plures communes sunt, quas statim explicabimus. Sed in primis diligenter cavendum, ne verba narrativa jureconsultorum, scilicet quibus referunt verba testantium, contrahentium, consulentium, vel etiam aliorum jurisprudentum, confundantur cum decisivis, quibus sententiam suam aperiunt; alioquin enim facile continget, ut contraria jureconsulto sententia affingatur, vel textus summa difficultate intricentur (1).

(1) *Ita nisi ad singula verba l. Ex empto* 11. §. *ult. ff. de action. empt.* (19. 1.) *diligenter attendas, Ulpianum in Juliani sententiam descendere, existimabis, quam tamen respuit.*

§. 127.

Communes regulas esse diximus ad cujuscumque generis libros jureconsultorum interpretandos. Prima est, ut obscura unius textus verba ex alia ejusdem auctoris sententia explicentur. Sane nemo negaverit, quin omnium optima, et tutissima interpretandi ratio ea sit, quae ex ipsismet auctoribus repetitur; neque enim alius est melior interpres, quam quisque sui ipsius. Accedit, Romanos jureconsultos non semper uno loco, et simul pertractasse, quae ad idem argumentum pertinent; Tribonianum vero variis in locis retulisse, quae uno loco a jureconsulto tradita erant.

§. 128.

Sed qua ratione dispersa hinc inde fragmenta colligi poterunt? Non alia, quam ope inscriptionum, ex quibus constat, unde sint desumpta. Sane, cum Justinianus non solum leges, per siglorum obscuritates, ut ipse loquitur, sed nomina prudentum, et titulos, et librorum numeros describi prohibuerit sub poena falsitatis (1); quamvis dubitari non possit, quin honori, et memoriae jureconsultorum prospicere voluerit, non inepte tamen conjici potest, eundem etiam ita sancientem respexisse ad commodum interpretationis, quod inscriptio praestat.

(1) *L. Tanta circa nos* 2. §. *Eandem autem* 22. *cod. de vet. jur. enucl.* (1. 17.)

§. 129.

Exemplis magis elucescet utilitas inscriptionum, quam post Virum celeberimum Cujacium jurisprudentiae restauratorem sapientes omnes agnoscunt, et confitentur. Cajus in l. 6. ff. de transactionibus ait, de controversiis, quae ex testamento proficiscuntur, neque transigi, neque exquiri veritatem aliter posse, quam inspectis, cognitisque verbis testamenti. Ex hac lege ita seorsim sumpta plurium invaluit opinio, nullam esse de his rebus transactionem, quamvis maxime velit, qui transigit; cum tamen transactionis hujus validitati, neque naturalis ratio, neque aliud civilis juris caput obstare dignoscatur; nil enim prohibet, quominus quis dispositionis testamentariae aliunde notitiam habeat, adeoque etiam non visis tabulis sapienter transigat.

§. 130.

Sed si mox allata lex conjungatur cum l. 1. ff. quemadmodum testamenta aperiantur, quae et ipsa desumpta est ex libro 17. ad edictum provinciale, apertissime constabit in

l. 6. de transactionibus, non jus, sed factum intelligendum esse. In l. 1. post relatum praetoris edictum, de testamentorum editione, quo praetor se pollicetur, inspiciendi, et describendi potestatem facturum omnibus, quicunque desiderant, tabulas testamenti inspicere, vel etiam describere (1); hujus edicti utilitatem commendans Cajus rationem subjungit; quia de controversiis, quae ex testamentis proficiscuntur, nonnisi visis tabulis transigi potest (2), idest vix fieri potest, ut quis prudenter, transigere queat: quod caussae fuit, cur praetor opem suam fuerit pollicitus (3).

(1) *D. l. 1. Quemadmod. testam. aper.* (29. 3.)

(2) *D. l. 1. §. 1.*

(3) *Eadem inscriptionis observatio prodest ad intellectum. L. Si quis merces 7. ff. pro derelicto (41. 8.), et l. Qui levandae 8. ff. ad l. Rhodiam de jactu (14. 2.). Qui plura exempla desiderat, adeat librum, cui titulus: Index omnium, quae in pandectis continentur Jacobi Labitti de usu indicis pandectarum cap. 2., et 3.*

§. 131.

2. Ad legum, quae obscurae sunt, dilucidationem, multum quoque prodest historia tum legum latarum, tum status Romanae reipublicae, et morum; ex his enim facile cognosci poterunt rationum momenta, quae ad legem ferendam impulerunt, adeoque et ipsa legis sententia (§. 20.). Conferet quoque historia jureconsultorum, quorum responsa in pandectis recensentur; praecipue vero scientia philosophiae stoicae, cujus placitis responsa sua fere semper accommodabant.

§. 132.

Sed caeteris interpretandi Romani juris subsidiis sine dubio praestat, quod rectae rationi, naturali juri, et aequitati innititur; cum enim Romani prudentes verae, et solidae philosophiae sectatores se praedicent (1): nec aliter audiendi sint, praeterquam si eorum responsa aequi, et boni regulis consentiant, evidentissime patet vanam esse interpretandi rationem, quae in significatione verborum investiganda, historia, vel occasione latae legis tota consistit; legis autem rationem vix considerat; juris naturalis, vel aequitatis principia, a quibus pendet, vix ac ne vix quidem attingit: perinde ac si jurisprudentia nihil aliud sit, quam cognitio juris Romani; nec potius studium sapientiae, et veritatis.

(1) *L. 1. §. 1. ff. de just., et jur.* (1. 1.)

§. 133.

De sui saeculi interpretibus hujusce generis egregie haec scripsit Joannes Ludovicus Vives (1): *At isti obliti se juris esse, et justitiae interpretes, atque ideo sacerdotes vocari aequi, et boni, relicta pulcherrima omnium professione explicandae aequitatis, existimarunt se sacerdotes esse Romani juris: et ex illa natura, omnium gentium, temporumque latitudine, in hasce unius populi, et unius temporis angustias se contulerunt.* Utinam haec non jure aptentur pluribus nostrorum temporum interpretibus, qui maxime elaborant, et quaquaversum se contorquent in explicanda legum sententia, ut eam consonam demonstrent aliis Romanis legibus, nunquam vero, aut vix interdum id agunt, ut ejusdem legis consonantiam cum naturali jure, et aequitate demonstrent: atque ita historicam ad summum jurisprudentiam illustrant, non autem genuinam et rationalem, quam jureconsultus sectari debet.

(1) *L. 7. de corrupt. art.*

§. 134.

Regulae hactenus expositae generales sunt. Peculiaria quaedam animadvertere oportet in diversis librorum generibus explicandis, unde fragmenta jureconsultorum deprompta sunt. Quae ex libris ad edictum, vel digestorum depromuntur, cum in illis edicti singula capita distincte commentati sint jureconsulti; in his vero universum jus, servato edicti perpetui ordine, pertractaverint; feliciter explicabuntur singula fragmenta, si com-

parentur eum capitibus edicti perpetui, atque inspiciatur, quodnam sit singularis cujusque capitis argumentum (1).

(1) *Ordinem edicti perpetui restituerunt ex ipsis fragmentis Jacobus Gothofredus in fontibus quatuor juris civilis; atque Heineccius in edicto perpetuo.*

§. 135.

Quod pertinet ad fragmenta desumpta ex libris singularibus, planum est, ex libri argumento obscura verba interpretationem capere debere, atque etiam ex singulari illa materia generales dictiones restringendas esse. Sic, cum Marcianus ait, pignus, et hypothecam nominis tantum sono differre (1), de actione serviana, vel quasi serviana intelligendus est; cum lex illa ex libro singulari ad formulam hypothecariam desumpta sit, ubi de hac actione agit jureconsultus; aliunde enim certum est, inter pignus, et hypothecam plura interesse discrimina: velnti, quod hypotheca re ipsa contrahatur; pignus autem nudo pacto constituatur: hypotheca in re immobili consistat, quae apud debitorem manet; pignus vero in re mobili, cujus possessio creditori traditur. Atque ita ipse Justinianus interpretatus est Marciani sententiam (2).

(1) *L. Res hypothecae* 5. §. 1. *ff. de pign., et hypoth.* (20. 1.)

(2) *In* §. *Item serviana* 7. *instit. de actionib.* (4. 6.)

§. 136.

Difficilior est interpretatio legum, quae ex libris responsorum, opinionum, quaestionum, et similium desumptae sunt; quia in his sine delectu, sine certo ordine diversae pertractantur a jureconsultis controversiae: collatis tamen diversis capitibus ex eodem libro decerptis jureconsulti sententiam facilius assequemur.

§. 137.

Proderit quoque ad interpretationem, speciem fingere, vel potius inquirere jureconsultis propositam, cui jus accommodarunt; cum enim diversitas adjunctorum diversam juris regulam aliquando expostulet, nonnisi perspecta facti quaestione genuina juris regula cognosci potest. Non dubium, quin etiam in aliis libris jureconsulti interdum singulari facti speciei jus applicent; frequentius tamen in hisce miscellaneis libris illud contingit. Atque haec diligenter observarunt ipsi jureconsulti (1).

(1) *L. Julianus* 7. §. *Celsus autem* 17. *ff. quibus ex caus. in poss. eatur.* (42. 4.)

§. 138.

Regula autem haec potissimum necessaria est in interpretandis legibus, quae positae sunt sub titulis de verborum significatione, et de regulis juris; leges enim illae non a jureconsultis simul traditae, sed a Triboniano, et compilatoribus undique conquisitae, et sub peculiarem titulum relatae fuerunt, adeoque, nisi ex subjecta materia explicentur, perniciosissime errabitur.

§. 139.

Quae de pandectarum interpretatione diximus, eadem fere conveniunt legibus codicis, quae et ipsae non omnes ejusdem generis sunt: aliae quippe constitutiones sunt, seu edicta proprio Imperatorum motu perlata; aliae vero rescripta sunt, vel decreta. Edicta utpote leges generales, et a singularibus facti speciebus abstrahentes, latiorem recipiunt interpretationem. Contra rescripta, et decreta, cum singulare factum respiciant, vix de casu ad easum extendi possunt: atque vix congrua afferri potest eorum interpretatio, nisi facti species innotescat. Quare sobrie admodum ex his certa, et generalis juris regula decerpenda est.

§. 140.

Caeterum hic quoque prodesse potest inscriptionum investigatio; ex his enim dignoscitur quis sit legis auctor, et, si ex pluribus legibus de eadem re latis non omnino inter se consentientibus emerserit controversia, quae sit antiquior, quaeve recentior, adparebit: tum et ex collatione plurium legum, quae eidem Imperatori tribuuntur (1), ob-

scurae alicujus legis sensus facilius explicabitur. Atque etiam intelligi poterit, utrum in codice Theodosiano jam fuerit relata, ubi integrae describi solent: atque ab interpolationibus, et mendis liberari. Cum autem in inscriptionibus praeter Imperatoris nomen eorum quoque, ad quos constitutiones missae sunt, nomina referantur, hinc etiam intelligetur, utrum lex codicis edictum sit an rescriptum, vel decretum (2).

(1) *Tribonianus utens facultate sibi a Justiniano data, ut varias ejusdem constitutionis partes sub diversis titulis referret, prout res postulare videretur const. de novo cod. faciendo* §. 2, *saepe easdem resecavit, retenta tamen eadem inscriptione. Exemplo esse potest constitutio Imperatorum Honorii, et Arcadii ad Pasiphilum quemdam directa: quae in cod. Theodos. integra refertur sub tit. de jurisd; in tres partes vero secta est a Triboniano; scilicet in l. Momentanea* 8. *cod. unde vi* (8. 4.),*in l. pen. cod. de accusat.* (9. 2.), *et in l. un. cod. de abigeis* (9. 37.).

(2) *Cum unius nomen occurrit in inscriptionibus, dum in ipsis legibus mentio fit plurium, id factum, quoties unus nomine omnium, puta frater fratrum, maritus uxoris Imperatori preces obtulit. Si autem mulieris nomen praeseferat inscriptio, ad virum autem lex directa sit, illud librariorum imperitiae adscribendum tradunt doctores.*

§. 141.

Lucem quoque afferre possunt interpretationi subscriptiones legum, ex quibus dignoscitur, quo tempore latae fuerint: non tantum, ut ope historiae legum occasio innotescat, sed et ut intelligatur, quae prior sit, quae posterior; utra praevaleat, et contrariam abroget. Quod si subscriptione careat lex, non idcirco viribus destituitur: cum Justinianus omnibus, quae in codicem relatae sunt, vim tribuerit (1): abrogata Constantini lege (2), ex qua auctoritate carebant edicta, et constitutiones sine die, et consule.

(1) *Constit. de novo cod. faciendo* §. *Quibus specialiter* 2.

(2) *Quae habetur in l.* 1. *cod. Theodos. de constit. Princ., et edict.*

§ 142.

Haec sunt, quae in legum Romanarum interpretatione speciatim observari debent, quaeque ex sapientibus juris interpretibus hausimus: quamquam levi calamo pertractavimus, ne longiores, quam par sit, videremur; nihil tamen praetermittentes, quod scitu necessarium esse possit. Quaedam supersunt dicenda de interpretatione legum municipalium.

CAPUT III.

De legum municipalium interpretatione.

SUMMARIA.

Legum municipalium nomine intelliguntur quaecumque extra jus commune positae sunt, et a Principe vim habent. §. 143.

Proinde Principum edicta, rescripta, decreta, statuta locorum, decisiones supremorum Magistratuum, ubi legis vim obtinent. §. 144.

Edicta, quae juri communi contraria sunt, stricte sunt interpretanda, nec ultra casus expressos extenduntur. §. 145.

Nisi alia sit Principis voluntas, a quo jus commune vim legis habet. §. 146.

Leges municipales interdum admittunt interpretationem extensivam, et earum interterpretatio ex ipsis facienda est. §. 147.

Rescriptis, quamvis generalibus verbis concepta sint, non creduntur concessa, quae Princeps verosimiliter non fuisset in specie concessurus. §. 148.

2. *Ita semper explicanda sunt, ne generales juris regulas, vel publicam utilitatem oppugnent; nec jus alteri quaesitum laedant.* §. 149.

Decreta stricte etiam sunt interpretanda, ut et privilegia. §. 150.

Decretis Principum comparantur definitiones supremorum Magistratuum, maxime ubi tamquam leges considerantur.

Sed legis vim non habent, nisi verba decisiva, et ratio decidendi. §. 151.

Ex decisionibus aliae articulum juris definiunt, aliae singulari facti speciei receptum jus applicant. Quid inter utrasque discriminis? §. 152.

Caute ergo a caussarum patronis proferendae sunt. §. 153.

Eadem interpretationis regulae, quae edictis conveniunt, locorum statutis fere aptantur. §. 154.

§. 143.

Postquam de interpretatione legum in genere, tum et Romanarum specialiter diximus, quia velut juris communis fons apud plerasque nationes aestimantur, superest, ut de legum municipalium interpretatione dicamus, quarum nomine intelliguntur leges quaecumque extra jus commune, seu Romanum positae, eorum auctoritate vim habentes, qui rempublicam administrant, et supremam in subditos potestatem exercent.

§. 144.

Legum municipalium nomine significari dixi, quaecumque extra jus commune constitutae ab eo, qui suprema pollet auctoritate, vim habent: non autem quae ab eo latae sunt, ut indicarem, legibus municipalibus accenseri, non tantum edicta, rescripta, et decreta Principis, sed et locorum statuta legitime condita, et a Principe approbata: immo et supremorum Magistratuum decisiones in iis locis, quibus legis vis iisdem tributa est; quemadmodum apud nos optimo jure constitutum est (1), ut tutior, et magis constans sit jurisdicendi ratio.

(1) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 22. §. 15.

§. 145.

Atque in primis, quod ad edictorum interpretationem pertinet, specialis vulgo recepta est regula, strictam illa recipere interpretationem, si modo juri communi contraria sint (1); itaut ne ex identitate quidem rationis, vel etiam majoritate extendenda sentiat Faber, cum casus ille, in quo eadem, vel etiam major viget ratio, decisus est a jure communi (2): unde sequitur, quidquid novo Principis edicto non videtur expressum, vel inductum, id veterum legum, constitutionumque regulis relictum intelligi debere (3). Ratio in eo est, quod jus commune veluti propria cujusque Principis lex consideratur; lex autem posterior priorem abrogare non existimatur, nisi aliud manifeste appareat. (§. 42.)

(1) *Quae enim juri communi, seu Romano consentiunt, iisdem regulis explicari debent, ac proinde ex rationis aequalitate de casu ad casum protendi.* (§. 20., *et seqq.*)

(2) *Fab. cod. de legib. lib.* 1. *tit.* 5. *def.* 1.

(3) *Quidquid autem hac lege specialiter non videtur expressum, id veterum legum, constitutionumque regulis omnes relictum intelligant. L. Praecipimus* 32. §. *ult. cod. de appellationib.* (7. 62.)

§. 146.

Quae de stricta edictorum interpretatione diximus, itant de casu ad casum non extendantur, etiam ex majoritate rationis, si juri communi adversentur, iis tantum speciebus accommodanda sunt, quibus aliud Principem voluisse, non appareat, vel ex verbis ipsius edicti, vel ex ejus ratione; cum enim Romanum jus ex libera Principis voluntate vim legis obtineat, ut apud omnes constat nihil impedit, quominus pro arbitrio possit illi derogare, prout juste aliquando velle potest; nec enim omnia, quae Romanorum moribus convenientia erant, diversarum nationum indoli, diversisque rerum adjunctis necessario, aut perpetuo congruunt.

§. 147.

Ex hoc principio plane inconcusso sapienter, ut ego existimo, infert Voet (1), exten-

-sivam interpretationem non semper alienam esse a legibus municipalibus, ipsasque potius ex aliis ejusdem generis, quam ex Romano jure interdum explicandas, et declarandas esse: atque parum apte sentire eos, qui strictissimam in omni casu esse debere, tradunt, juris municipalis interpretationem; et ita humilius de hujus aequitate, justitia, et viribus sentiunt, quam de suis legibus Romani sentirent: quasi vero impossibile sit Romano juri prudenter addere, aut interdum detrahere, vel tota civilis sapientia, et legum ferendarum prudentia unice penes Romanos extiterit, et cum iis, ita dixerim, desierit, ut sola fere earum supersit interpretatio. Sane nulla satis apta reddi potest ratio, cur Romanarum legum vim, atque sapientiam, contempta, aut posthabita Principum nostrorum majestate, tueamur.

(1) *Voet in pandect. lib.* 1. *tit.* 3. *de legibus num.* 24., *ubi plures maximi nominis jureconsultos pro sua sententia adducit.*

§. 148.

In rescriptorum interpretatione duo praecipue sunt observanda. Primum est, iis, generalibus licet concepta sint verbis, nunquam censeri tributa, vel concessa, quae Princeps verosimiliter non esset in specie concessurus (1): sicut nec quae prius specialiter prohibita erant (2); in his enim speciali opus est concessione, ne Principis beneficium ultra verosimilem ejus mentem extendatur.

(1) *L. Qui peculii* 46. *ff. de peculio* (15. 1.), *l. Obligationes* 6. *ff. de pign.* (20. 1.), *Fab. cod. de servit. lib.* 3. *tit.* 24. *def.* 7. *Hinc colligit idem Faber, concessa a Principe alicui nobili universa jurisdictione supremam exceptam censeri. Fab. cod. de jurisd. omn. jud. lib.* 3. *tit.* 12. *def.* 17. *Genus quidem species sub se continet, ut docent Philosophi, sed in rebus, quas natura ipsa constituit, quaeque necessariam inter se connexionem habent. Verum in illis, quae ab hominum voluntate pendent, mens loquentis potissimum inspicienda; itaut genus species quidem complectatur, cum verisimile est, hanc fuisse Principis concedentis mentem; in caeteris vero generalis, et indefinita verborum significatio ex proferentis consilio explicanda est, et intra angustiores limites coercenda.*

(2) *Arg. l. Si mihi eodem* 20. *ff. de servit. praed. rustic.* (8. 3.), *Fab. dicta def.* 7. *cod. de servit.*, *Osasc. dec.* 110. *num.* 11.

§. 149.

Alterum est, ita semper interpretandas esse Principis concessiones, ne publicam utilitatem, vel generalis juris regulas oppugnent (1), nec jus alterius laedant (2); licet enim possit Princeps ex justa, et legitima caussa, puta in poenam delicti, vel in favorem reipublicae, saltem in modico, jus alterius laedere (3), potissimum si ex jure civili quaesitum sit (4): id tamen, cum exceptio potius regulae sit, nunquam temere est praesumendum, ne in eo quidem casu, quo adsint clausulae motu proprio, vel aequivalentes (5).

(1) *Omnes judices monemus, ut nullum rescriptum, nullam pragmaticam sanctionem, nullam sacram adnotationem, quae generali juri, vel utilitati publicae adversa esse videatur, in disceptationem cujuslibet litigii patiantur proferri: sed generales sacras constitutiones modis omnibus non dubitent observandas. L.* 6. *cod. Si contra jus, vel utilit. publ.* (1. 22.)

(2) *L. Praetor. ait* 2. §. *Si quis a Principe* 16. *ff. ne quid in loco public.* (43. 8.)

(3) *Thes. decis.* 15., *ubi de possessorio ante petitorium tractando.*

(4) *Fab. cod. si contra jus etc. lib.* 1. *tit.* 11. *def.* 1.

(5) *Fab. cod. de divers. rescr. lib.* 1. *tit.* 12 *def.* 1., §. *ult. instit. de his, qui sui, vel alieni juris sunt, l. Nec avus* 4. *cod. de emancip. liber.*, *l. Rescripta* 7. *cod. de prec. Imperat. offerend.*, *l. Quoties* 2., *l. Universa* 4. *cod. eod. tit.* (1. 19.)

§. 150.

Restrictiva etiam utendum est interpretatione in decretis; haec enim ex Principis vo-

luntate plerumque jus faciunt inter eos solos, pro quibus lata sunt (1), atque specialibus saepe innituntur adjunctis. Quod et potiori ratione privilegiis convenit, prout suo loco opportunius demonstrabimus.

(1) *Leges, ut generales ab omnibus aequabiliter in posterum observentur..., interlocutionibus, quas in uno negotio judicantes protulimus, vel postea proferemus, non in commune praejudicantibus; nec his, quae specialiter quibusdam concessa sunt civitatibus, vel provinciis, vel corporibus ad generalitatis observantiam pertinentibus. L. Leges 3. cod. de legib.* (1. 14.)

§. 151.

Decretis Principum, quibus inter partes, caussa cognita, sententiam dicunt, non inepte comparantur supremorum Magistratuum definitiones; quippequi vice Principis judicant (1), potissimum apud nos, cum Regio jure sancitum sit, ut supremorum Magistratuum decisiones legis vim habeant (2). In earum autem interpretatione duo maximi momenti sunt animadvertenda. Primum est, ne confundantur cum verbis decisivis ea, quae ornatus caussa collector interlocutus est, quae sane legis auctoritate sunt destituta (3).

(1) *Arg. l. 1. §. 1. ff. de off. praef. praet.* (1. 11.) *Fab. cod. de sent. praef. praet. lib. 7. tit. 14. def.* 1.

(2) *Reg. Const. lib. 3. tit.* 22. §. 15.

(3) *Haec enim sententiam quidem supremi Magistratus illustrant; sed privata collectoris auctoritate innituntur.*

§. 152.

Alterum ex indole decisionum profluit, quae, cum saepius a singularibus rerum adjunctis pendeant, non antea de earum interpretatione quaeri potest, quam contest, utrum juris articuli in iis definiatur: an singulari facti speciei receptae juris regulae aptentur. In priore casu interpretatio extensiva locum habere potest, dummodo adjunctorum diversitas aliud non expostulet, caute tamen, ut de decretis diximus (§. 150), quae regulariter inter partes tantum jus faciunt. In altero vix regula desumi poterit, nisi eadem saltem quoad substantiam concurraut adjuncta, quod rarum est. Non dubium tamen, quin lucem maximam afferant in juris quaestionibus definiendis.

§. 153.

Atque hinc, ut obiter dicam, colligi potest, quantum aberrent, qui sine delectu supremorum Magistratuum definitionibus clientum suorum jura tueri contendunt, quas undique conquisierunt, quarum saepe vix aliqua est, quae ad propositae controversiae judicium pertineat. Non ergo mirandum, si ex contrasentientibus caussae patronis quisque easdem sibi favere contendat. Ergo diligenter perpendendum est, an juris regula in decisione fuerit constituta, quae tamen ex adjunctis extensionem, vel restrictionem non patiatur: an potius simplex recepti juris applicatio singularibus facti adjunctis.

§. 154.

Quae de interpretatione edictorum dicta sunt, eadem magis conveniunt statutis locorum, quorum auctoritas, cum a Principe tota pendeat, absonum esset, majorem vim eisdem tribuere, quam constitutionibus ab ipso immediate latis. Restringi ergo potius interpretatione debent, ut quo, minus fieri potest, a communibus juris regulis, et a generalibus legibus municipalibus dissentiant; sed de his opportunius infra dicemus.

PARS SECUNDA.

DE LEGUM USU, SEU APPLICATIONE.

SUMMARIA.

De discrimine interpretationis legum ab earum usu, seu applicatione. Quotuplex sit legum usus. §. 155.

Consectarium primum. Non ante de legis usu quaeri potest, quam praecesserit interpretatio tum declarativa, tum extensiva, vel restrictiva. §. 156.

Exemplis demonstratur hujus consectarii veritas. §. 157.

Alterum consectarium. Nemo potest, ut par est, caussas in foro agere, qui theoreticam jurisprudentiam apprime non calleat. §. 158.

Pragmaticorum error refellitur, qui jurisprudentiam theoreticam parvifaciunt. Averanii de his sententia. §. 159.

Simul jungendae sunt theoretica, et practica jurisprudentia. §. 160.

In quo praecise differant allatae jurisprudentiae veluti species. §. 161.

Jureconsulti academici munus est, legum sententiam singulis speciebus accommodare: nisi juris simplex quaestio agatur, quod raro contingit §. 162.

Graviter ergo falluntur, et fallunt pragmatici, qui omissa facti investigatione inutilem doctrinarum juris apparatum proferunt, de quo non controvertitur. §. 163.

Hinc 1. *Facti quaestio potissimum examinanda:* 2. *Principalis juris articulus discutiendus est.* §. 164.

Exemplum prioris regulae de filio, qui bona patris eo defuncto possederit; et quaedam ex iis alienaverit, sed alio, quam haereditario, titulo, et nomine. §. 165.

Exemplum posterioris de emptore, qui pretium solvere detrectat, quia dominii quaestio movetur, quamvis venditor cautionem offerat. §. 166.

Postremo satagendum est patronis caussarum, ut potissimum incumbant in demostrando argumento, quod facilius probatu est. §. 167.

Necessitas, et utilitas regularum, quas exposuimus. §. 168.

Alter legum usus in eo consistit, quod generales juris regulae suis quaeque locis, et negotiis aptentur. §. 169.

Observatio haec potissimum necessaria est in legum applicatione, quae positae sunt sub titulis de regulis juris, et de verborum significatione §. 170.

Hujusce observationis necessitas, et utilitas exemplis demonstratur. §. 171.

Exempla legum generalium, quae in omni, et quocumque negotio locum habent, sunt in iis, quae honestatem, et bonam fidem praecipiunt. §. 172.

Exempla aliarum legum, quae universales quoque fere sunt. §. 173., *et* 174.

Lex, ex qua ambigua oratio secundum mentem proferentis explicanda dicitur, tantum convenit negotiis, quorum tota vis pendet a voluntate proferentis: in aliis indoles ipsius negotii potissimum inspicienda est, et saepe contra proferentem verba interpretamur. §. 175.

Quae jubet, ut mutuae serventur conventiones, ad negotia non pertinet, quae publicam determinatam formam habent. §. 176.

Regula: in obscuris sequimur, quod minimum est, *obtinet in poenis, in legatis, et ubi agitur de inducenda obligatione, non autem in heredum institutione.* §. 177.

Regula, ex qua in majori inest et minus, tantum convenit rebus naturalibus, vel invicem connexis: non iis, quae a libera alterius voluntate pendent. §. 178.

In dubio tamen in majore minus inest. §. 179.

Demum quaedam leges sunt, quae vix uni, aut alteri rei conveniunt: veluti quae docet, praedonem eum non esse, qui pretium numeravit. §. 180.

Eadem cautio adhibenda in applicatione regularum, quae positae sunt sub titulo de verborum significatione. Exemplum de significatione pecuniae. §. 181.

Hujusce observationis neglectu innumeri errores scatent. §. 182.

Quid de adjunctorum, seu circumstantiarum diversitate dicendum? §. 183.

Diversitas adjunctorum diversae juris regulae locum non facit, nisi in caussa sit, cur legislator aliud senserit, quod ex ratione legis colligitur. §. 184.

Adjuncta ergo comparanda sunt cum legislatoris mente, et indole negotii, de quo quaeritur. §. 185.

§. 155.

Legum usus, si proprie loqui velimus, ab interpretatione distingui jam observavimus; quatenus interpretatio legis sententiam ostendit, usus vero cognitam legis sententiam singulari facti speciei inspectis omnibus personarum, rerum, temporum, locorum adjunctis accommodat (§. 10.). Exempla etiam protulimus, quibus veritas haec magis elucescat. Sed et alius est legum usus in eo consistens, ut generales juris regulae non indiscriminatim, sed suis quaeque locis, seu materiis applicentur (§. 21. 25. 26.).

§. 156.

Hinc porro duo maximi momenti fluunt consectaria. Primum est, non ante quaeri posse in praxi de legis accommodatione in singulari facti specie, quam praecesserit tum declarativa, tum extensiva, vel restrictiva legis interpretatio, prout res postulat; neque enim prius investigari, vel cognosci potest, an lex propositae speciei accommodetur, quam sciatur, quis sit legis sensus, tum an ex obvia ejusdem sententia dijudicanda sit; an ex intima legis ratione, quae verba legis angustiora latius protrahat, aut quae latiora coerceat.

§. 157.

Fingamus, ut in proposito (§. 14., et seqq.) minoris exemplo immoremur, quaestionem in singulari casu institui, utrum audiendus sit minor ad repudiandam hereditatem, quam damnosam dicat. Sane non prius ex adjunctis definiri poterit, utrum locus sit restrictivae legis interpretationi, quam plene constiterit de vi, et conditionibus restictionis. Nec aliud erit, si quaeratur, utrum ad singularem aliquam personam, vel quae personae vice fungatur, puta collegium, cofraternitatem restitutionis beneficium minoribus concessum ex rationis identitate protrahendum sit.

§. 158.

Alterum consectarium, quod et ex mox exposito evidentius fluit, apertissime ostendit, neminem posse, ut par est, caussas in foro agere, qui theoreticam jurisprudentiam plene non didicerit, quo nonnisi longo labore, et attenta meditatione pervenitur; quae enim juris principia quis ignorat, vel leviter perspecta habet, quomodo singulis facti speciebus potest tuto accommodare?

§. 159.

Hinc patet, ut obiter dicam, quam perniciose allucinentur aliqui ex pragmaticis, qui theoreticam jurisprudentiam spernunt; passim dictitant, inutilem, aut vix alicujus usus eam esse, practicam vero supra sidera extollunt, quasi vero inutilis sit scientia, in qua sita est intelligentia principiorum ex quibus caussarum definitio pendet, quae regulas docet, quibus aequum ab iniquo, justum ab injusto secernatur: modos demum exponit, quibus germanam legis sententiam assequamur. Nollem eos, qui ita ratiocinantur cum Averanio (1) semibarbaros homines, hostes verae, et solidae doctrinae, eversores bonarum artium, atque corruptores studiosae juventutis appellare. Sed nemo sapiens negabit, quin, ut in caeteris disciplinis, ita et in jurisprudentia, qua reipublicae salus, et privatorum

tutela continetur, actionem praecedere debeat seria contemplatio, cujus ope ejusdem regulae, et praecepta addiscantur.

(1) *Averanius in oratione de jurisprudentia, aliisque disciplinis per sua principia addiscendis fere in princip.*

§. 160.

Rectius profecto sentiunt, qui theoreticam jurisprudentiam cum practica ita jungendam putant, ut illa sine hac parum prosit in singularibus facti speciebus expendendis: haec vero sine illa sit, veluti corpus sine anima, et fax extincta, qua sola duce aditus ad veritatem assequendam vix, ac ne vix quidem pateat.

§. 161.

Ex haetenus pertractatis elucet, in quo differat jurisprudentia theoretica a forensi, et consequenter jureconsultus academicus a forensi. Jurisprudentia theoretica leges explanat, earum vim, et sententiam patefacit: casus generales explicat, quibus ampliationem, vel restrictionem lex patiatur ex rationis identitate, vel defectu. Jurisprudentia vero practica regulas has generales singularibus facti speciebus, singulis adjunctis pensatis, accommodat.

§. 162.

Ergo academici jureconsulti munus est, legum sententiam, et vim scrutari: ad forensem autem plerumque pertinet, jam cognitam legis sententiam singulis facti speciebus aptare, atque quis sit ejus usus pensatis rerum adjunctis demonstrare. Plerumque dixi, ut indicarem, aliquando etiam contingere, ut de mero juris articulo, nec Romanis, nec municipalibus legibus ullatenus, aut non satis perspicue definito, disputetur. Quo casu neme infieiabitur, quin jureconsultus forensis totus incumbere debeat, ut argumento ducto ex aliis legibus, vel a naturali aequitate clientis sui jus tueatur, et firmet.

§. 163.

Sed extra hunc casum, qui raro contingit, paucis firmato juris principio, ex quo propositae quaestionis definitio pendet, properandum est iis, qui in foro caussas agunt, ad circumstantias facti expendendas, quo legis usum demonstrent. Temere ergo sibi blandiuntur, judicibus illudunt, et pessime clientibus suis consulunt, qui omissa facti indagatione, ex qua controversiae definitio pendet, magno argumentorum apparatu demonstranda suscipiunt juris principia, quae a nemine in dubium revocantur, quasi judices ipsos instruere velint potius, quam clientum jura tueri (1): quibus ideirco silentium indicendum esset, nisi omissis inopportunis juris controversiis ejusdem usum in proposita specie demonstrare aggrederentur: futurum alioquin, ut nullus litium finis sit; et judex vix intelligere possit quaestionis statum, de qua disputatur.

(1) *Iis, qui inutilibus juris allegationibus, et intempestivo verborum apparatu videntur potius id agere, ut judicem juris, et judicandi non imperitum in errorem trahant, vel saltem instruant, merito accommodari non inepte tradit Vigellius in method. jur. civil. paradox. 1. in fine, quod Hannibal vir in re militari peritissimus dixisse fertur: apud quem cum quidam orator senex, ac facundus de rebus bellicis satis ornate peroraret, adeo ut admirarentur omnes, Hannibal dixit, se multos quidem senes vidisse delirantes, sed qui magis deliraret illo, vidisse neminem; quod pluribus verbis apud se diceret de rebus, quarum longo usu factus erat peritissimus.*

§. 164.

Cavere ergo, ut verbo dicam, diligentissime debent, qui in foro postulant. 1. Ne inutilem juris disputationem suscipiant, omissa interim, vel leviter pertractata ejusdem juris ad singularem casum applicatione. 2. Si forte articulus juris definiendus sit, ne omisso principalis examine prolixa oratione pertractent, quae accessoria tantum sunt, vel ab adversario in dubium non revocantur.

§. 165.

Exemplo haec magis elucescent. Titio defuncto Maevius ejus filius per aliquod tem-

poris spatium bona a patre relicta possedit, immo et quaedam ex iis distraxit. Creditores defuncti eum, tamquam patris heredem, ad solutionem urgent. Fatetur Maevius bonorum possessionem, et alienationem: bona autem se possedisse ait non hereditario titulo, sed tamquam creditorem hereditarium, puta ex caussa dotium maternarum, vel redintegrandi fideicommissi: quod vero ad alienationem pertinent, respondet, ea tantum bona distraxisse, quae servari non poterant, adeoque potius tamquam procuratorem, seu negotiorum gestorem creditorum eorundem gratia. In hac specie, ut vel leviter attendenti innotescit, tota quaestio, quae facti est, in eo consistit, utrum hereditario titulo bona possederit, necne; et quo animo, et nomine bona hereditaria distraxerit. Tempus ergo tereret jureconsultus qui creditorum caussam agens argumentis undique conquisitis firmaret, non tantum verbis, sed et facto hereditatem adiri posse: inter facta autem aditionem importantia recensendam esse possessionem, et bonorum alienationem; non tamen distingueret, quo titulo, et nomine haec gesta sint: nec in id potissimum incumberet, ut demonstraret, nonnisi hereditario titulo, et nomine haec fieri potuisse, vel saltem facta fuisse (1).

(1) *Sane cum quaestiones facti magis arduae sint, et, utpote ex adjunctis dijudicandae, auctoritatum, et eruditionis pompam non ferant, qui in forensibus caussis agendis vani honoris studio trahuntur, facile est, ut clientum jura prodant.*

§. 166.

Exemplum hoc ad eas species pertinet, in quibus de jure nulla, aut vix ulla controversia est; atque dissensus totus fere in facto consistit. Diximus etiam cavendum, ne in juris quaestionibus, omisso, vel vix firmato principali juris articulo, adstruantur, quae accessoria sunt, nec ab adversario in dubium revocantur. Fingamus et hic exemplum ab emptione, et venditione desumptum. Titius Sejo agrum vendidit, fide de pretio habita: eo nondum soluto Sempronius, agrum jure dominii ad se pertinere, contendit. Titius interim conventum pretium petit: negat Sejus, se ad solutionem teneri, donec lis a Sempronio instituta definita fuerit. Offert Titius cautionem, qua securum reddat emptorem de pretii restitutione, si forte fundus evincatur. Regerit Sejus, cautionem non sufficere, ut pretium solvere cogatur. Tota hic juris quaestio in eo consistit, utrum cautio a venditore praestita sufficiat, ut pretium pendente dominii controversia jure petat. Quare frustra institueretur disceptatio de evictione a venditore praestanda, cui ipse sponte consentit: vana esset disputatio de idoneitate oblati fidejussoris, de lapsu temporis ad solvendum praefiniti.

§. 167.

Unum adhuc monendum superest, quod prae oculis habere debent, qui caussas in foro agunt; quoties res, de qua agitur, ex diversis titulis, vel argumentis demonstrari potest, ut in id potissimum incumbant, quod facilioris est probationis; ne alioquin contingat, ut caussa cadant, quamvis juris auxiliis optime munita sit; dum susceptum argumentum satis non confirmant; quod vero firmare possent, praetermittunt, vel vix attingunt. Exemplo esse potest proposita de emptore, et venditore species, qua silendum esset de oblatae cautionis conditione: unice autem agendum de vi cautionis a venditore oblatae, ut pretium sibi solvatur.

§. 168.

Haec paulos fusius exposuimus, quia inde potissimum pendet legitima judiciorum ratio, et privatorum tutela. Sane si mox expositae regulae, quas ipsa naturalis ratio firmat, custodirentur, exularent, nec sine maximo litigantium commodo, prolixae illae juris allegationes in tot capita, tot distinctos articulos divisae a caussarum patronis, hincinde magno eruditionum apparatu elaboratae, quorum alius fere usus non est, quam ut magna fiat chartarum repletio (1); judices vix scire possint, quis germanus sit quaestionis status, clientum bona iuique exhauriantur.

(1) *Verba sunt celeberrimi jureconsulti Cardinal. Deluca* 8. *disc.* 17.

§. 169.

Hactenus de legum usu diximus, quatenus lex ope interpretationis cognita singularibus casibus applicatur; dicendum superest de legum usu quatenus generalium quarundam regularum juris vim determinat, itaut quibusdam negotiis seu humanae societatis actibus conveniant, non vero caeteris (1); quaedam enim leges sunt ita generalibus conceptae verbis, ut cuicumque negotio convenire videantur; propriae tamen sunt ultimarum voluntatum, vel contractuum: quin et earum, quae testamentis aptantur, quaedam institutioni quidem conveniunt, non autem legatis; ut et contractuum leges non omnibus eorum generibus communes sunt.

(1) *Neque leges, neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur. L.* 10 *ff. de legib.* (1. 3.)

§. 170.

Haec autem observatio potissimum necessaria est in legibus, quae sub titulo de regulis juris, ut et de verborum significatione positae sunt; cum enim hae non fuerint a jureconsultis constitutae, tamquam generales regulae, quae cuicumque negotio conveniant, sed tamquam quaedam summa capita proposito argumento consentanea, quae in aliis rebus officium suum perdunt (1), consequens est, non ante de harum legum applicatione quaeri posse, quam constiterit de subjecta materia, ex qua desumptae sunt. Quod potissimum inscriptionum ope dignosci potest, et praestitit Vir. cl. Dionysius Gothofredus.

(1) *Regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat: non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur: et, ut ait Sabinus, quasi caussae conjectio est, quae, simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum. L.* 1. *ff. de reg. jur.*

§. 171.

Sed ut hujusce observationis, seu cautionis necessitas, et utilitas magis clucescat: et ne redarguamur, quod, scopulo demonstrato, viam, et modum non ostendamus, quo periculum declinetur, quasdam juris regulas expendemus, earumque usum investigabimus, naturali potissimum aequitate duce; ex quibus facilius innotescet, quae sit caeterarum ratio.

§. 172.

Suprema charitatis lex praecipit, ut dolus, et fraus procul humanis actibus absit: aequitas, et fides servetur: ab injuriis, et quocumque alterius damno abstineatur: quod cujusque est, ei tradatur (1): honestas custodiatur, et iis omnibus quisque abstineat, quae probum civem dedecent, vel bonis moribus adversantur (2). Generales, et perpetuae sunt sanctiones istae, quippequae contractibus quibuscumque, testamentis, judiciis publicis, et privatis conveniunt, nec ab iis ulla unquam ratione fas est declinare.

(1) *L. Justitia* 10. §. 1. *ff. de just. et jur.* (1. 1.)

(2) *Quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram: et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec nos facere posse credendum est. L. Filius* 15. *ff. de condit. instit.* (28. 7.)

§. 173.

Specialiora investigemus, quae tamen in omnibus, vel fere omnibus, quae se se offerre possunt, argumentis, sive controversiis vim exerunt suam. Ad hoc genus pertinet, quod docent jureconsulti, neminem, plus juris transferre in alterum, posse, quam ipse habeat (1); effectus enim nullus sine caussa esse potest: generi per speciem derogari (2): generalibus inesse specialia (3): impletam reputari conditionem, quoties obsistit implemento ille, cujus interest, eam non perfici (4); sicut et habere rem dicitur ille, qui culpa sua, vel dolo ea caret (5).

(1) *L. Nemo plus* 54. *ff. de reg. jur., l.* 120. *ff. eod. tit.*

(2). *In toto jure nostro generi per speciem derogatur. L.* 80. *ff. eod. tit.*

(3) *Semper specialia generalibus insunt. L.* 147. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(4) *In jure civili receptum est, quotiens per eum, cujus interest, conditionem impleri, fit, quominus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta conditio fuisset. L.* 24. *ff. de condit., et demonstrat.* (35. 1.)

(5) *Semper, qui dolo fecit, quominus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet. L. Ad ea* 157. §. 1. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 174.

Huc et referri potest, quod traditur, in obscuris, et ambiguis illud esse inspiciendum, quod verosimilius est, aut quod plerumque fieri solet (1): in toto singulas partes contineri (2). Demum solo progressu temporis vim accipere non posse, quae inutilia, et irrita ab initio fuerunt (3), ut alia praetermittam.

(1) *L. In obscuris* 114. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) *In toto et pars continetur. L.* 113. *ff. eod. tit.*

(3) *Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis non potest convalescere. L.* 29. *ff. eod. tit., l. Omnia* 201., *l. Quae ab initio* 210. *ff. eod. tit.*

§. 175.

Aliud vero sentiendum de eo juris effato, ex quo ambiguae orationes secundum proferentis mentem sunt explicandae (1); hoc enim aptari quidem potest testamentis, donationibus, et ejusdem generis actibus, quorum tota vis in loquentis voluntate posita est. Sed si de conventionibus, quae mutuam pariant obligationem, quaestio sit, tunc non sola proferentis mens est inspicienda, sed potius ex indole ipsius conventionis obscura, et ambigua verba interpretationem accipere debent (2). Immo saepius suadet aequitas, ut contra proferentem verba interpretemur (3), cui culpae vertitur, si apertius consilium suum non manifestaverit (4). Quod et in venditione, et locatione observandum esse, jureconsulti tradiderunt (5).

(1) *In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus, qui eas protulisset. L.* 96. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) *Semper in stipulationibus, et caeteris contractibus id sequimur, quod actum est. L.* 34. *ff. de reg. jur. Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipiatur, quae rei gerendae aptior est. L.* 67. *ff. eod. tit.*

(3) *In stipulationibus cum quaeritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt. L. Stipulatio ista* 38. §. 18. *ff. de verb. oblig.* (45. 1.)

(4) *Fere secundum promissorem interpretamur; quia stipulantori liberum fuit, verba late concipere. L. Quidquid adstringendae* 99. *ff. eod. tit.*

(5) *Veteribus placet, pactionem obscuram, vel ambiguam venditori, et qui locavit, nocere: in quorum fuit potestate legem apertius conscribere. L.* 39 *ff. de pactis* (2. 14.) *V. et l. Labeo* 21., *et l. Cum in lege* 33 *ff. de contrah. empt.* (18. 1.)

§. 176.

Idem de ea juris regula esto judicium, quae docet, mutuas servandas esse conventiones, ita postulante aequitate, quae datam semel fidem prohibet fallere (1); haec enim iis quidem aptari potest rebus, quarum indoles, et ratio ex privatorum placitis pendet: non vero, quibus publice certa praestituta est forma: cujus generis sunt munera quaecumque publica, testamenta, et plurimi contractus (2).

(1) *Quid tam congruum fidei humanae, quam ea, quae... placuerunt, servare. L.* 1. *ff. de pact.* (2. 14.)

(2) *Jus publicum, privatorum pactis mutari non potest. L.* 38. *ff. eod. tit. Privatorum conventio juri publico non derogat. L. Neque pignus* 45. §. 1. *ff. de reg. jur. V. l. Neque ex praetorio* 27. *ff. eod. tit. L. Juris gentium* 7. §. *Et generaliter* 16., *l. Contra juris* 28. *ff. de pact.*

§. 177.

Demum, ut silentio praeteream ejusdem generis plurima, latus quidem ambitus est earum sanctionum, quibus definitur, in obscuris illud amplectendum, quod minimum est (1): et in eo, quod majus est et minus inesse (2): itaut, cui primum licet, potiori ratione liceat et alterum (3); suis tamen finibus circumscribuntur; prima enim obtinet in poenis, in quibus ad benignitatem judex propensior esse debet (4): in contractibus, ubi de inducenda obligatione agitur (5), ut et in legatis (6); potius enim haeredi favere, quem magis diligit, praesumendus est testator, quam legatario, quem minori charitate prosequitur. Sed non convenit heredum (7) institutioni; cum enim in testamentis liberaliores esse homines soleant, quia tunc tantum futurum est, ut res suas a se abjiciant, cum illas servare amplius, non licebit, liberalitatis autem laude, qua et summopere delectantur, et impelluntur, jam tum frui incipiant, heredum favore, quos prae caeteris diligere ostendunt, plenior fit voluntatis interpretatio (8).

(1) *Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur. L.* 9. *ff. de reg jur.* (50. 17.)

(2) *In eo, quod plus sit, semper inest et minus. L.* 110. *ff. eod. tit.*

(3) *Non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere. L.* 21. *ff. eod. tit.*

(4) *Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius, quam asperandae. L.* 42. *ff. de poenis* (48. 19.). *V. l. Perspiciendum* 11., *l. Si praeses* 32. *ff. eod. tit. L. Factum* 155. §. *In poenalibus* 2. *ff. de reg. jur.*

(5) *Ut facilior sis ad liberationem. L. Arianus ait* 47. *ff. de oblig. et act.* (44. 7.) *Vinculum enim, quo alter alteri obligetur, utpote grave, et libertati naturali contrarium, non aliter existere, asserendum est, quam si perspicuis argumentis innotescat.*

(6) *V. l. Cum servus* 39. §. *Scio ex facto* 6. *ff. de legat.* 1. (30. 1.), *l. Nummis* 75. *ff. de legat.* 3. (32. 1.), *l. Cum tempus* 17. *ff. de reg. jur.*

(7) *L. Cum quidam* 19. *ff. de lib. et posth.* (28. 2.)

(8) *Et ita intelligenda l.* 12. *ff. de reg. jur., quae sic habet:* In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur.

§. 178.

Quod ad alteram pertinet, qua quod majus est et quod minus est, complecti affirmatur, illa quidem convenit rebus naturalibus, certum proinde, ac determinatum modum habentibus: vel iis etiam, quarum una ex alia consequitur, tamquam effectus a caussa: aut mutuam habent connexionem, qua fit, ut una sine altera vix esse possit (1). Verum si de rebus quaestio sit, quae nullo necessario vinculo inter se conjunguntur, quaeque a libera hominis pendent voluntate, non semper recte colliges, alicui quid licere, quia minus sit, eo ductus argumento, quod ipsi aliud liceat, quod majus est (§. 90., et seqq.). Quare, etsi praesides provinciarum apud Romanos gladii potestatem haberent, qua poterant, reos criminum morti addicere, deportare tamen eis non erat concessum; hujus enim poenae indictio Principi, et prefecto urbi, speciali jure erat reservata (2).

(1) *Exemplum est in eo, cui concessa est jurisdictio, qua concessa et ea data censentur, sine quibus explicari non potest. L. Cui jurisdictio* 2. *ff. de jurisdict.* (2. 1.) *Hinc mixtum imperium, seu modica coercitio, mandari una simul cum jurisdictione censetur. L. ult.* §. 1. *ff. de off. ejus, cui mand. est jurisdict.* (1. 21.)

(2) *L. Inter. poenas* 6. §. 1. *ff. de interdict., et relegat.* (48. 22.)

§. 179.

Fatendum tamen est, in majore semper, et ubique inesse minus, nisi hoc specialiter denegatum appareat; hanc enim esse concedentis mentem jure possumus interpretari, praeterquam si aliud expresse declaret.

§. 180.

Demum quaedam leges sunt, quae vix uni, aut alteri rei aptari possunt. Talis ea est, qua traditur, praedonem non esse eum, qui pretium numeraverit (1); cum enim certis-

simum sit, praedonum numero eum etiam accenseri, qui rei emptae possessionem, cujus pretium solvit, invito venditore, nactus fuerit (2); quatenus nemo propria sibi auctoritate jus dicere debet: nonnisi propositae a jureconsulto speciei (vel alteri plane simili), aptari potest, qua de eo agit, qui sciens alienam emerit hereditatem, et pretium solverit (3).

(1) *Nemo praedo est, qui pretium numeravit. L. Nemo* 126. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) *Si vendidero, nec tradidero rem, si non voluntate mea nactus sis possessionem: non pro emptore possides, sed praedo es. L. Si ex stipulatione* 5. *ff. de adquir. possess.* (41. 2.)

(3) *V. l. Nec ullam* 13. §. *Si quis sciens* 8. *ff. de heredit. petit.* (5. 3.) *Quae et ipsa ex lib.* 15. *ad edictum desumpta est, et in qua integra refertur Ulpiani sententia.*

§. 181.

Quae de regulis juris hactenus tradita sunt, potiori ratione obtinent in iis, quae de verborum significatione pertractant; cum enim non a jureconsultis, sed a Triboniano in peculiarem titulum relatae sint, non aliter valere possunt, praeterquam si suis locis, unde desumptae sunt, restituantur. Exemplo sit pecuniae nomen, quod non tantum numeratam pecuniam, sed et omnia corpora complecti, tradit Ulpianus (1); cum tamen proprie pecuniae verbum aes signatum denotet (2). Ulpiani ergo sententia intra suos limites continenda, ed ad eos tantum casus aptanda, quibus ex mente proferentis constat, pecuniae nomine significare voluisse, quidquid in bonis alicujus esse potest (3): quemadmodum et vulgaris loquendi usus fert.

(1) *Pecuniae verbum non solum numeratam pecuniam complectitur., verum omnem omnino pecuniam, hoc est omnia corpora. L. Pecuniae* 178. *ff. de verb. signif.* (50. 16.)

(2) *L. Item si filiusfamilias* 7. §. *Mutui* 3. *ff. de senatusconsult. Maced.* (14. 6.)

(3) *L.* 178. *ff. de verb. signif. desumpta est ex lib.* 49. *ad Sabinum, quo Ulpianus explicat stipulationem emptae, et venditae hereditatis, in qua pecuniae nomen omnia bona complectitur.*

§. 182.

Varia haec legum genera expendimus, quibus, veluti principiis, civilis jurisprudentiae interpretes aeque ac pragmatici in dirimendis controversiis utuntur, ut exemplis innotescat, cur ex puris fontibus non semper scateant limpidi rivuli, et ex genuinis principiis saepe eruantur ineptae, et falsae consecutiones: nimirum juris axiomata, quae circumscriptos habent limites, ad omnia argumenta indiscriminatim protrahunt, et extra suos fines longius producuntur: ut silentio praeteream, non raro contingere, ut veluti certum principium praestituatur, quod ad rectae rationis normam exactum, a veritate alienum, vel dubium saltem merito videri potest (1).

(1) *Nisi ergo aequitate duce, vel ope inscriptionum suis sedibus restituantur, quae videntur generalia juris axiomata, perniciosissime errabitur.* Post Petrum Fabrum, et Jacobum Gothofredum, *ait Vir clariss. Cornelius Binkershoek lib.* 7. *observ. cap.* 18., hac arte nunc regulas juris explicare didicerunt omnes, exceptis solis pragmaticis, qui ut male prudentes sunt, judicibus eas intempestive obtrudunt in omni caussa: atque is promus condus illis ad quaestum est; cum non alia fere juris scientia eos videas, magnos redditus facere ex spoliis civium.

§. 183.

Unum superest, quod spectat ad legum vim, seu accommodationem, inquirendum, an scilicet veritati consonum sit, quod passim et vulgo traditur ex diversitate adjunctorum diversas praestituendas esse juris regulas; itaut in eadem juris quaestione hodie vincat, qui negat, postero die, qui affirmat, si mutata sint rerum, factique adjuncta (1).

(1) *Septem a Philosophis, et Theologis numerari solent circumstantiarum genera, quae hoc versu continentur:* Quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando.

Quis *conditionem personae agentis demonstrat:* Quid *actionis objectum:* Ubi *locum:* Quibus auxiliis *media ad actum perficiendum:* Cur *caussam agendi indicat:* Quomodo *animi conditionem significat, an nempe omnino sui compos, necne, an consulto, an casu actum sit:* Quando *demum ad tempus refertur.*

§. 184.

Adjuncta autem, de quibus hic quaeritur, cum eo pertineant, ut intelligatur, an lex in proposita singulari specie locum adhuc habeat, necne, propter adjunctorum mutationem: idest utrum legislatoris voluntas hunc casum complectatur, necne, generalis omnino regula constitui non potest, qua ex mutatione adjunctorum lex deficere dicatur; neque enim tam arctis limitibus coarctanda est legislatoris voluntas (1): sed inspicienda potissimum legis ratio, qua duce ad legislatoris mentem assequendam facilius, et tutius pervenitur. (§. 20.)

(1) *Theologi ex Sacrosancti Tridentini Concilii doctrina multiplex distinguunt genus adjunctorum, quorum alia speciem mutant, alia actus specie non mutata eidem gravem malitiam addunt, quaedam vero nec aliquid addunt moraliter, nec speciem immutant. Adjunctum loci sacri in furto ejus speciem immutat, ut fiat sacrilegium. Adjunctum quantitatis in furto longe gravius efficit furtum: contra adjunctum temporis regulariter nec mutat, nec addit; nihil enim, puta, interest, an noctu, an diu furtum patratum fuerit. Haec sane etiam ad jurisperitos pertinent; graviori enim poena coercetur sacrilegus, quam simplex fur, et quantitatis ratio etiam habetur in furto, sed difficilius civilibus actibus doctrina haec accomodatur, quamquam et iis lucem efferre potest.*

§. 185.

Caute ergo pensanda sunt rerum adjuncta, et cum mente legislatoris comparanda: indoles etiam negotii perpendenda; quae enim leges aequitati, et honestati naturali magis consentaneae sunt, difficilius immutantur, seu deficiunt ex adjunctorum diversitate, quam quae a naturali aequitate aliquantulum recedere videntur. Atque eadem ratio est adjunctorum, quae ad testantium, vel contrahentium voluntatem directo, et immediate pertinent; prout ex mox dicendis constabit.

PARS TERTIA.

DE INTERPRETATIONE CONTRACTUUM, ET ULTIMARUM VOLUNTATUM.

SUMMARIA.

Pleraeque forenses controversiae pendent ex interpretatione contractuum, et ultimarum voluntatum. §. 186.

Quaedam sunt generales regulae, contractuum, et ultimarum voluntatum communes; quaedam speciales. Communes sunt. 1. Mentem potius loquentis inspiciendam esse, quam verba. §. 187.

Requiritur tamen, ut mens verbis aliquatenus expressa sit. §. 188.

Hinc si apertus sit verborum sensus, iis standum est, quamvis aliud voluerint contrahentes, aut testator. §. 189.

In claris non admittitur voluntatis quaestio, nec interpretatio; et actus ita semper interpretandus, ut potius valeat. §. 190.

Voluntas obscura conjecturis dignoscitur. Prima est agentis affectio, seu consilium. §. 191.

2. Consuetudo regionis, et agentis, quae tamen ex actibus necessitate impellente factis erui non potest. §. 192.

3. *Quamvis a tractatu necessario non inferatur ad contractum, tamen conjectura capi potest ad explicandam mentem contrahentium, vel testatoris.* §. 193.

4. *Inspiciendum, quod verosimilius est, quod dignoscitur ex personarum, et rerum adjunctis.* §. 194.

5. *Convenit aeque contractibus, et ultimis voluntatibus, quod ea fieri debeat interpretatio, qua singula verba vim suam habeant, et aliquid operentur: nisi in contrarium urgeant conjecturae.* §. 195.

Vel nisi multiplicatio verborum eo fine facta appareat, ut evidentius constet de voluntate. §. 196.

6. *Generalia verba regulariter quidem omnia comprehendunt; ex subjecta tamen materia restringuntur; nec plerumque corrigunt, quae jam specialiter sunt disposita.* §. 197.

7. *Corruente caussa principali corruunt tum contractus, tum ultimae voluntates. Etiam ex actu nullo voluntas testantis, vel contrahentium cognosci potest.* §. 198.

Speciale est ultimarum voluntatum. 1. *Ut benignius eas interpretemur; quia morientes homines liberaliores sunt.* §. 199.

Quod potissimum obtinet, cum dispositio refertur ad eas personas, quae specialem favorem merentur. §. 200.

Non tamen suppleri a judice potest voluntas testatoris, sed a solo Principe: nisi casus omissus per similitudinem, et rationis identitatem recipiat extensionem, vel caussa finalis dispositionis casum omissum comprehendat. §. 201.

Difficilius suppleri potest casus omissus in dispendium heredum, qui sui dicuntur: nisi aliud voluisse testatorem demonstretur. §. 202.

Hinc adjuvanda interpretatione vocatio, revocatio contra est restringenda: maxime si prior voluntas valde enixa fuerit. §. 203.

Dispositio facta per relationem ad aliam censetur facta per identitatem, itaut conditiones omnes in priore praestitutae censeantur repetitae in posteriore, si posterior dispositio facta sit dependenter a priore, et in ejus executionem. §. 204.

Sed si posterior facta sit absolute, et principaliter, ut per se subsistat, regulariter legem a priore non accipit, nisi aliud demonstretur. §. 205.

Secundum alatam distinctionem explicandum est pragmaticorum effatum, quo tradunt, relatum in referente inesse cum omnibus suis qualitatibus. §. 206.

Si relatio facta sit tantum caussa demonstrationis, relatum probare potest sine referente. Secus, si relatio facta sit taxative, itaut relatum perfectam ex se orationem non contineat. §. 207.

Legata benigna interpretatione aeque non juvantur, ac institutiones: fit tamen aeque stricta interpretatio, cum de revocatione, seu ademptione agitur. §. 208.

Legatariis minus favendum, quam herendibus cum quibus concurrunt. Heredes magis diligit testator, quam legatarios. §. 209.

Hinc pragmatici inferunt, legatum in dubio praesumi relictum animo compensandi debitum necessarium. §. 210.

Legatarii quidem optio est in legato generis, vel disjunctivo; sed tunc tantum, cum, ita voluisse testatorem, colligi potest, vel ex modo legandi per vindicationem, vel aliis argumentis. §. 211.

Cur eadem sit conditio legatarii, et heredis, cum de revocatione, vel ademptione agitur. §. 212.

De interpretatione contractuum. Caussa finalis primaria, et dignior in iis attendenda potissimum est. §. 213.

Contractus conclusio, et finis prae initio inspici debent: tum regionis consuetudo: jus commune: tempus, quo celebratus fuit; contrahentium conditio, et mens. Sed haec ultimis quoque voluntatibus conveniunt. §. 214.

Singulare est in contractibus. 1. *Quod ex caussa contrahendi vim accipiant, nec subsistat obligatio sine caussa: subsistit tamen conventio de pluribus rebus etiam sine specifica pro singulis caussa* §. 215.

2. *In testamentis unice spectatur voluntas testatoris: in contractibus utriusque contrahentis voluntas inspicienda. Quare verba contractus dubia ex utriusque mente interpretanda sunt.* §. 216.

3. *Verba dubia contractuum contra proferentem interpretamur, sive venditor sit, sive locator, sive emptor, sive promissor.* §. 217.

4. *Æqualitas inter utrumque contrahentem servanda est, nisi unius contrahentis, puta pupilli, vel minoris conditio aliud suadeat.* §. 218.

Si ex pluribus contractus partibus corruat principalis, corruit et accessoria. Idem est, si de re individua conventum fuerit. Aliud dicendum, si corruat accessoria, vel una pars sine altera subsistere possit. §. 219.

Contractus in dubio non judicatur simulatus, nisi aliud suadeant conjecturae, quibus dolus probari potest. §. 220.

Contractus plerumque corruit, cum incidit in eam caussam, a qua non potuisset incipere. §. 221.

Pactum contractui adjectum, non ex natura contractus, sed ex natura rei in contractum deductae interdum explicari debet. §. 222.

§. 186.

Explicatis iis, qui ad legum interpretationem, et usum, seu applicationem pertinent, non abs re erit, praecipuas saltem subjicere regulas, quibus dubia testantium, atque contrahentium voluntas dignosci possit; cum quotidiana experientia constet, plerasque fori controversias hinc pendere. Ut autem facilius singulae percipiantur, et tutius applicentur, expendemus primo leges, seu regulas, quae communes sunt contractuum, et ultimarum voluntatum: tum quae specialiter conveniunt contractibus, vel ultimis voluntatibus.

§. 187.

Leges generales cuicumque actui accommodatae sunt illae, quibus definitur, mentem potius loquentis, quam nuda verba esse inspicienda (1): et merito, quia, cum verba ad significandum animi sensum unice sint instituta, fas non est, eis significationem affingere, qua proferentis voluntas destruatur, et irrita fiat (2).

(1) *Semper vestigia voluntatis sequimur. L. Quidam* 5. *in prin cod. de necess. serv. hered. instit.* (6. 27.) *In conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba, spectari oportet. L.* 219. *ff. de verb. signif.* (50. 16.)

(2) *Potentior est, quam vox, mens dicentis. L. Labeo ait* 7. §. *Servius* 2. *in med. ff. de suppell. leg.* (33. 10.) *Voluntas enim testatoris praefertur uti dominans omnibus juris regulis, et praesumptionibus. L. In conditionibus* 19. *ff. de condit., et demonstrat.,* (35. 1.) *L. A fratris posthumo* 127. *ff. de legat.* 1. (30. 1.)

§. 188.

Regula tamen haec ita est intelligenda, ut mens verbis praeferatur, si ex verbis mens aliqua ratione possit dignosci: etsi enim potior est, quam vox, mens dicentis, nemo tamen, ut optime animadvertit Celsus post Tuberonem, sine voce dixisse existimatur (1). Atque hoc est, quod dici solet, non entium, et non apparentium idem ferendum esse judicium (2). Nec temere a verborum significatione recedendum est, sed tunc tantum, cum evidenter constat de contraria verbis voluntate (3); non enim ex sin-

gulari cujuspiam affectione, sed ex consueto, et communi hominum usu verba sunt explicanda (4).

(1) *D. l.* 7. §. 2. *ff. de supell. leg.* (33. 10.)

(2) *L. Duo sunt Titii* 30. *ff. de testam. tut.* (26. 2.)

(3) *Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem. L.* 69. *ff. de legat.* 3. (32. 1.)

(4) *Non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere. D. l.* 7. §. 2. *ff. de supell. leg.*

§. 189.

Eadem ratione, si apertus sit verborum sensus, quamvis forte aliud voluerint contrahentes, aut testator, verborum potior vis esse debet, quam non manifestatae voluntatis (1): sicut enim in claris perperam admitti non debent conjecturae, ita non debet admitti quaestio, vel interpretatio voluntatis, cum clara sunt verba (2).

(1) *Cum manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu existat L. si quis filium* 3. *cod. de liber. praeter* (6. 28.)

(2) *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio. L. Ille, aut ille* 25. §. 1. *ff. de legat.* 3. (32. 1.)

§. 190.

Ergo in claris standum verbis, nec ulla admitti debet interpretatio, quippequae tanti valere non potest, ut melior sensu existat, cum manifesta est loquentis sententia (1): adeoque nec opus est conjecturis, quae inutiles sunt ad mentem ejus explicandam, de cujus voluntate constat: in ambiguis voluntas potius inspicienda est, quam verba. Et generaliter ita semper fieri debet voluntatis, verborumque interpretatio, ut actus potius valeat, quam corruat (2): nemo enim sanae mentis, perperam egisse, praesumendus est.

(1) *L. Si quis filium* 3. *cod. de liber., et posth.* (6. 28.)

(2) *Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est, id accipi, quo res, de qua agitur, in tuto sit. L.* 80. *ff. de verb. oblig.* (45. 1.) *Quotiens ambigua oratio est, commodissimum est, id accipi, quo res magis valeat, quam pareat. L.* 12. *ff. de reb. dub.* (34. 5.) *L. Si pars judicantium* 10. *ff. de inoff. testam.* (5. 2.)

§. 191.

Sed qua ratione dubia hominis voluntas dignosci potest? Conjecturis hic est inquirendum. Inter has primum tenet locum agentis affectio (1): nimirum perpendendum est, quodnam generaliter fuerit testatoris, vel contrahentium consilium, ex quo rei indoles potius, quam ex verborum sono definienda est (2).

(1) *Quod factum est, cum in obscuro sit, ex affectione cujusque capit interpretationem. L. Rapienda occasio* 168. §. 1. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) *L. Emptione* 3. *cod. plus valere quod agitur* (4. 22.), *Fab. cod. de jur. emphyt. lib.* 4. *tit.* 43. *def.* 36. *num.* 5. *in corp.*

§. 192.

Si dubia sit agentis intentio, et affectio, tunc perspiciendum, quaenam in aliis esse soleat ipsius agendi ratio, qualisque sit caeterorum in eadem regione consuetudo (1): validissima quippe est praesumptio, quae deducitur a solitis (2); quisque enim in dubio praesumi debet sibi, aliisque consentiens, nisi aliud probetur, cum maxima sit usus, exemplique vis: modo tamen animadvertatur, in argumentum trahi non posse, quae fiunt necessitate impellente (3).

(1) *Semper in stipulationibus, et in caeteris contractibus id sequimur, quod actum est, aut, si non appareat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, qua actum est, frequentatur. L.* 34. *ff. de reg. jur.*

(2) *L. Quod si nolit* 31. §. *Quia assidua* 20. *ff. de aedil. edict.* (21. 1.)

(3) *Arg. l. Quae propter necessitatem* 162. *ff. de reg. jur.*

§. 193.

Posthaec, quamquam, si de contractibus sermo sit, a tractatibus necessario inferri non possit ad contractum, quia contractus finis potius inspiciendus est, quam ejus initium, exploratum tamen est, plures inde capi posse conjecturas (1), quibus mens testatoris, vel contrahentium explicetur; tum non minus posterior dispositio ex priore interpretationem accipere debet (2), sicut prior ex posteriore (3); et generaliter una pars per aliam debet explicari (4).

(1) *Plerumque ea, quae praefationibus convenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur. L. Titia, quae* 134. §. 1. *ff. de verb. oblig.* (45. 1.)

(2) *Arg. l. Non est novum* 26. *ff. de legib.* (1. 3.), *Fab. cod. ad Trebell lib.* 6. *tit.* 27. *def.* 26. *num. ult. in corp.*

(3) *Arg. l. Sed et posteriores* 28. *ff. eod. tit. de legib.*

(4) *L. Qui filiabus* 17. *ff. de legat.* 1. (30. 1.)

§. 194.

Si adhuc testatoris, vel contrahentium mens in ambiguo sit, inspiciendum erit, quid verosimilius videatur (1). Quid tamen verosimilius sit, non aliter dignosci potest, quam inspectis singulis personarum, et rerum adjunctis: personarum, inquam, quia tum ex conditione absoluta personarum, tum et ex relativa, puta consanguinitatis, affinitatis, benevolentiae amplior, vel restrictior fieri debet voluntatis interpretatio, non tantum in ultimis voluntatibus, sed et in contractibus.

(1) *In obscuris inspici solet, quod verosimilius est. L. In obscuris* 114. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 195.

Posthaec quaedam adhuc ultimis voluntatibus, et contractibus communia esse dignoscuntur, quae ad eorum rectam interpretationem prodesse possunt. Atque in primis generalis regula est, superfluitatem verborum omnino vitandam esse, quantum fieri potest; idest ita interpretanda, ut singula vim suam habeant, et aliquid operentur (1); quod non minus ad contractus, quam ad testamenta pertinet, nisi in contrarium urgeant conjecturae (2); sicut enim nemo perperam agere praesumendus est, ita nec perperam loqui. (§. 190.)

(1) *L. Si stipulatus* 4. *ff. de usur.* (22. 1.), *l. Si quando* 109. *ff. de legat.* 1. (30. 1.)

(2) *In testamentis enim aeque ac in contractibus loquentis mens potissimum inspicitur.* (§. 187.)

§. 196.

Haec tamen regula suas nec infrequentes patitur exceptiones, cum scilicet multiplicatio verborum eo fine facta apparet, ut clarior sit dispositio, et evidentius constet de voluntate, ut saepe solent testatores, et contrahentes (1); cum enim actus agentium ultra eorum voluntatem non debeant operari, ut loquuntur pragmatici, ne plus valeat scriptura, quae ad agentium mentem exprimendam unice pertinet, quam rei veritas (2), iniquum esset, verbis omnibus vim addere, unde voluntas destruatur (3): adeoque satius est, ut verba maneant otiosa, quam ut aliquid contra intentionem, et in alterius detrimentum operentur (4).

(1) *Non mutat substantiam rerum non necessaria verborum multiplicatio. L. Pediculis* 32. §. *Labeo* 6. *ff. de auro, argento leg.* (34. 2.)

(2) *L.* 1., *et tot. tit. cod. plus valere quod agitur.* (4. 22.)

(3) *L. Haec verba* 3. *ff. de legat.* 1. (30. 1.)

(4) *Ex duobus enim malis minimum eligi debet.*

§. 197.

Idem fere judicium esse debet de verbis indefinitis, et generalibus, quae in testamentis, vel contractibus aliquando apponuntur: equidem generalia verba regulariter omnia comprehendunt (1); praecipue si in fine dispositionis, vel contractus apposita ad supe-

riora referri asseratur (2); ex subjecta tamen materia restringi debent, ne ultra id, quod agitur, extendantur (3): neque ut plurimum corrigunt ea, quae jam expresse, et specialiter sunt disposita (4); species enim generi quidem derogat, sed non genus speciei (5); quia intentior, et potior esse voluntas solet, quae per specialia indicatur, quam quae per generalia.

(1) *L. Juliano respondit* 68. *ff. de legat.* 3. (32. 1.)

(2) *Hinc si in fine contractus, vel testamenti verba haec subjiciantur:* omnia suprascripta: *iisdem regulariter continentur omnia non tantum principalia, sed incidentia quoque, et enunciata.*

(3) *L. Semper* 34. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(4) *L. Doli clausula* 119. *ff. de verb. oblig.* (45. 1.). *L. Sanctio legum* 41. *ff. de poenis.* (48. 19.)

(5) *L. In toto jure* 80. *ff. de reg. jur.*

§. 198.

His duo addi possunt, quae testamentis, et contractibus aeque conveniunt. Primum est, corruente caussa principali, caetera quoque, quae ab ea pendent, necessario corruere (1); quippequae non per se, sed per principalem caussam subsistunt. Alterum est, etiam ex actu nullo, puta testamento, vel alio contractu dignosci posse testatoris, vel contrahentium voluntatem (2); nullitas enim actns ex canssa extrinseca, idest legis sanctione proveniens, impedit quidem ejusdem civiles effectus, sed non officit, quominus conjecturae voluntatis capiantur, quae, etsi intrinsecus lateat, externis tamen quibuscumque indiciis detegi potest.

(1) *L. Cum principalis* 178. *ff. de reg. jur.*, *l. Videamus* 38. §. *Item si indebitum* 2. *ff. de usur.* (22. 1.)

(2) *L. ult. ff. de reb. eor.* (27. 9.)

§. 199.

Haec fere sunt, quae ad interpretationem ultimarum voluntatum, et contractuum prodesse possunt. Sed illae ex speciali indole sua quibusdam regulis subsunt, quae non aeque contractibus aptantur. Atque in primis illnd speciale est ultimarum volnntatum, ut eas benignius interpretemur (1); quippe liberaliores esse soleant homines, cum moriuntur. (§. 177.)

(1) *In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur. L. in testamentis* 12. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 200.

Atque regula haec tum maxime locum habet, cum testatoris dispositio ad eas personas refertur, quae speciali favore dignae videntur: veluti si filii instituti proponantur (1), aut caussa pia: nisi aliud constet testatorem voluisse (2); ita enim generaliter suadet praesumpta testatoris intentio liberorum charitate, et religione innixa.

(1) *L. Cum. quidam* 19. *ff. de lib., et posth.* (28. 2.)

(2) *Fab. cod. de Sacr. Eccles. lib.* 1. *tit.* 2. *def.* 6.

§. 201.

Quamquam vero benigna fieri debet voluntatis, descendentium favore, interpretatio, non tamen suppleri a judice potest, qui liberalior testatore esse non debet (1): sed Principis auctoritas imploranda est, cum suppletionem postulat necessitas, vel aequitas (2). Exceptio tamen est, si casus omissus per similitudinem recipiat extensionem (3); neque enim licita esse debet ex identitate rationis extensio in nltimis voluntatibus, ac in legibus (§. 20., et seq.); quia utrobique voluntas statuentis inspicitur. Alia quoque exceptio est, cum verosimilitudo caussae finalis, quae, utpote ad agendum impellens, dispositionem totam regit (dicto §. 20.), casum omissum comprehendit.

(1) *L. Commodissime* 10. *ff. de lib., et posth.* (28. 2.)

(2) *L. Jam hoc. jure 4. ff. de vulg., et pupil. substit.* (28. 6.)
(3) *L. Si extraneus 6. ff. de condit. caus. dat.* (12. 4.)

§. 202.

Sane, cum, suppleri interpretatione, voluntas testatoris regulariter non possit, ut heredibus etiam suis faveatur, multo minus suppletioni locus est in eorum dispendium; nisi et hic ita voluisse testatorem legitimis argumentis, vel indiciis possit demonstrari. Hinc fluit, quod traditur, conditiones institutioni adjectas repetitas etiam censeri in substitutione, dummodo par utrobique sit ratio (1), ex praesumpta testatoris voluntate, quem substitutis, quos institutis postposuit, magis favere velle, quam institutis, verosimile non est.

(1) *Argum. l. 1. cod. de impuber., et aliis substit.* (6. 26.), *Fab. cod. de institutionibus lib. 6. tit. 7. def. 3.*

§. 203.

Ex his patet, vocationem, quantum disponentis verba, et intentio patiuntur, interpretatione adjuvandam esse (1): atque inde consequitur, revocationem ex eadem caussa, quantum fieri potest, restringi debere; quia, sicuti favore digna vocatio est, ita e converso odiosa est vocationis revocatio, ut et legati ademptio. Quare non aliter admittenda, quam si de ea evidenter appareat (2); itaut quid minus semper dicatur ademptum (3); quia in dubio quisque praesumi debet potius sibi consentiens. Atque jurisprudentia haec potissimum obtinet, cum prior voluntas maxime enixa erat (4); quia haec difficilius mutatur.

(1) *Nisi resistat singularis lex, veluti apud nos, cum de fideicommissis agitur. Reg. Const. lib. 5. tit. 2. §. 25.*
(2) *L. Si pluribus 33. ff. de legat. 1.* (30. 1.)
(3) *Videlicet ex praesumpta testatoris voluntate.*
(4) *Enixam autem voluntatem aestimamus ex verborum modo, ex repetita voluntatis manifestatione, et similibus.*

§. 204.

Si quaeratur, utrum dispositio facta per relationem ad aliam censeri debeat facta per similitudinem, an per identitatem, distinguendum est, utrum posterior dispositio facta sit dependenter a priore, et in ejus executionem, an vero principaliter, et absolute facta appareat, designato etiam ordine successionis, quamquam per relationem ad aliam priorem dispositionem. In prima specie facta reputatur per identitatem, itaut conditiones omnes in prima praestitutae in altera repetitae judicentur (1); quia haec non tam nova dispositio videtur, quam prioris jam factae repetitio, et confirmatio.

(1) *Nisi forte aliqua ex illis posteriori convenire non possit.*

§. 205.

Si autem posterior dispositio absolute, et principaliter facta sit, itant per se subsistat independenter a priore, quamvis disponens ad eam se referat, regulariter legem a priore non accipit: nisi in iis, in quibus cum priore convenit; itaut, quae dubia erunt in posteriore hac dispositione, prius, et potius explicari debeant ex iis, quae aperte in ea disposita sunt, quam a priore interpretatio desumatur; cum enim dispositio haec per se subsistat, in dubio ea fieri debet interpretatio, qua singulae ejus partes invicem potius consentiant, quam cum priore: relatio autem eum effectum habebit, ut in aliis posterior dispositio ex priore explicetur.

§. 206.

Hinc patet, quodnam judicium ferendum sit de vulgari illo pragmaticorum axiomate, quo tradunt, relatum in referente inesse cum suis qualitatibus; seu, quod idem sonat, referens omnes habere qualitates, quas habet relatum, seu altera dispositio, ad quam se refert: nimirum regula haec tunc tantum obtinet, cum relatio facta est dependenter,

et in executionem prioris dispositionis : si autem principaliter facta sit , itaut posterior dispositio relativa per se stet , qualitates relati eas tantum habebit, quae cum posterioris dispositionis indole conciliari possunt : non autem caeteras, utpote quia praevalere debeat posterior priori. (§. praeced.)

§. 207.

Idem fere juris est de altero pragmaticorum effato : *referens sine relato non probare* (1) ; scilicet inspiciendum , utrum relatio facta fuerit tantum caussa demonstrationis , sed tamen per se stet; an vero taxative, ut loquuntur, itant per se perfectam orationem non contineat. In prima specie nihil impedit, quominus referens sine relato probet (2): puta instrumentum, quod perfectum sit, et perfectum sermonem praeseferens per se probat, quamvis ad aliud referatur. In posteriore vero specie nullam fidem referens meretur , nisi de relato constet (3) , a quo omnino pendet.

(1) *Quod desumunt ex Auth. Si quis in aliquo post l. 7. cod. de edendo.* (2. 1.)
(2) *L. Generaliter* 13. *cod. de non num. pecun.* (4. 30.)
(3) *L. Cum principalis* 178. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 208.

Quae mox pertractavimus de regulis interpretandae posterioris dispositionis , quae ad priorem se referat, non solum testamentis, sed et habita convenienti proportione, contractibus, et legatis aptari possunt. Illud tamen est speciale in legatis, quod non aeque benigna interpretatione adjuvanda sint, quemadmodum de institutionibus diximus (§. 177.): quamquam legatis cum institutionibus illud commune fere est, quod stricta fieri debeat interpretatio , cum de revocatione quaestio instituitur. Utrumque aliquanto fusius est explicandum.

§. 209.

In primis dixi , non eadem benignitate interpretanda esse legata , ac institutiones ; quippe , etsi non minus erga legatarios, quam erga heredes liberalitatem facile exerceant morientes , qui ea relinquunt , quae secum auferre non possunt (§. 177.) ; quia tamen legatarii cum heredibus concurrunt , quos magis diligere se , demonstrat testator , quam legatarios; quia heredes universi juris successores vult, legatarios vero in partem tantum vocat, recta idcirco interpretationis ratio postulat, ut in dubio potius heredi faveamus , quam legatario.

§. 210.

Hinc fluit, quod apud pragmaticos passim invaluit, legatum in dubio censeri relictum animo compensandi debitum (1), non quidem voluntarium , sed necessarium (2) ; quia in dubio praesumendus non est testator voluisse, ut heres praeter debiti solutionem adhuc legati praestatione oneratus esset.

(1) *Colligunt ex Auth. Praeterea cod. unde vir , et uxor* (6. 18.)
(2) *Fab. cod. de legatis lib. 6. tit. 18. def. 19. Debitum voluntarium dicunt, quod quis sua sponte suscepit: puta si quis nequaquam dotare coactus, dotem tamen promiserit: necessarium vero illud est , quod a lege ipsa profluit ; quale est debitum patris , ut dotem filiae tradat.*

§. 211.

Neque his, quae de stricta legatorum interpretatione diximus , adversatur, quod in jure Romano traditur , in legato generis, vel disjunctivo electionem legatario competere (1) ; siquidem regula haec ex communi omnium sententia , quae et ipsi Romano juri innititur, tunc tantum obtinet, cum talis praesumi potest testatoris voluntas; puta quae ex modo legandi per vindicationem deducatur ; quia cum testator ad legatarium verba dirigit , eo animo se esse, demonstrat , ut facultatem legatario praestet, quam malit, ex rebus in genere , aut disjunctim legatis , habere ; non autem in aliis , ubi, heredem alloquens, satis aperte ostendit, ab ejusdem arbitrio pendere, quam malit, rem tradere.

(1) §. *Si generaliter* 22. *instit. de legat.* (2. 20.), *L. Quotiens servi* 2. §. 1. *ff. de optione legata* (33. 5.), *l. Plane* 34. §. *pen. ff. de legat.* 1. (30. 1.), *l. Si is, cui* 19., *l. Lucio* 23. *ff. de legat.* 2. (31. 1.)

§. 212.

Quamquam vero minus favorabilis est caussa legatariorum, quam heredum (§. 209.); parem tamen utriusque caussam esse diximus, cum de revocatione institutionis, vel legati ademptione quaestio est; favet quidem heredi praesumptio minoris benevolentiae, sed praesumptio haec duplici alia fortiore eliditur; quarum prima, et specialis ex priori dispositione elicitur, qua constat, erga legatarium liberalitatem quoque exercere voluisse testatorem. Altera generalis est, et eo innititur fundamento, quod quisque sibi constans potius praesumendus est, nec temere a priore libera dispositione recessisse. (§. 203.)

§. 213.

Perpensis iis, quae ultimarum voluntatum specialia sunt, superest investigandum, quaenam sint singularia contractuum: ne alioquin contractibus temere accommodentur interpretationis regulae, quae unice conveniunt ultimis voluntatibus. Praetermitto, in contractibus caussam finalem praecipue attendendam esse, ex qua valere, vel corruere contractus potest (1): atque caute distinguendam esse caussam primariam, et digniorem, quae contractum regit, ab accessoria (2), quae a primaria pendet.

(1) *L. Sed. si mors.* 13. §. *ult.*, *juncta l.* 14. *ff. de donat. inter vir., et uxor.* (24. 1.)
(2) *L. Unica prope fin. cod. de impon. lucrat. descript.* (10. 35.)

§. 214.

Neque etiam memoro, contractus initium, et tractatum multum quidem prodesse ad legitimam ejus interpretationem, sed conclusionem, et finem praecipue attendi debere (§. 193.), quo apertius contrahentes consilium suum aperiunt: in dubio ex regionis consuetudine celebratum contractum praesumi (§. 192.); atque secundum jus commune interpretandos esse contractus, ut quominus ab eo recedant; cui contrahentes in dubio creduntur, se se conformare voluisse (1), tum et tempus, quo celebratus fuit, inspiciendum esse (2); atque etiam personarum contrahentium conditionem (3); sed praecipue eorum mentem, quae verbis praevalere debet (§. 187.); haec enim, ut ex supradictis patet, ultimis etiam voluntatibus conveniunt.

(1) *Argum. l. Si se non obtulit* 4. §. *Si ex conventione* 4. *ff. de re judic.* (42. 1.) *Fab. cod. de locato lib.* 4. *tit.* 42. *def.* 35. *num.* 1.
(2) *L. Si filiusfamilias* 78. *ff. de verb. oblig.* (45. 1.)
(3) *Nam pro diversitate conditionum diversae praestituuntur leges, et diversa plerumque est agendi ratio.*

§. 215.

Potius ergo inter ea, quae specialiter ad contractus interpretationem pertinent, referri in primis, debet, quod ex caussa contrahendi vim suam accipiant; nec aliter viribus subsistant, quam si justa aliqua caussa innitantur (1); quia regulariter nemo, sine caussa, se se obligationi subjicere, velle, praesumitur: atque in hoc differunt contractus ab ultimis voluntatibus, in quibus testatoris liberalitas ut plurimum sola caussa est, quae ad relinquendum moveat. Exceptio tamen huic regulae est, si de pluribus rebus simul conventum sit; tunc enim valet conventio etiam sine specifica caussa inita, propter connexionem cum aliis, qua fit, ut una pars ab alia sustineatur (2).

(1) *L. Si tibi decem.* 17. *ff. de pactis* (2. 14.), *l. Qui sine caussa* 3. *ff. de condict. sine causs.* (12. 7.)
(2) *Argum. l. Etiam si patre* 29. §. 1. *ff. de minor.* (4. 4.)

§. 216.

Praeterea aliud speciale est in contractibus, quod in testamentis sola testatoris voluntas spectanda sit, in contractibus vero utriusque contrahentis consilium attendi debet;

testamenta enim a voluntate testantis unice pendent, ut vim habeant: contractus vero, cum sint duorum, vel plurium in idem placitum, sive consensus (1), utriusque contrahentis assensum necessario desiderant. Ut ergo testamenti ambigua verba explicentur, testatoris intentio unice est investiganda: sed, ut ambiguae pactionis sensus detegatur, utriusque contrahentis mens inspici debet, nec sufficit, si consilium puta venditoris innotescat, nisi et, quae fuerit emptoris intentio, dignoscatur.

(1) *L.* 1. §. *Et est pactio* 2. *ff. de pact.* (2. 14.)

§. 217.

Tertia interpretationis contractuum specialis regula fert, ambigua verba contra proferentem esse interpretanda; quippequi sibi imputare debeat; quod legem apertius non dixerit: contra in testamentis non tam quid testator dixerit, quam quod voluerit, attendi debet (§. 187.); quia liberalitatem exercens testator cogendus non est, ut clarius mentem suam aperiat. Dixi, contra proferentem interpretanda esse obscura verba; licet enim veteribus placuisse referat Papinianus, pactionem obscuram, vel ambiguam venditori, et locatori nocere; quia uterque potuit mentem suam apertius explicare (1): eadem tamen regula obtinet contra emptorem (2); ut et contra promissorem (3) in iis casibus, in quibus ad ipsos pertinet, legem dicere.

(1) *Veteribus placet, pactionem obscuram, vel ambiguam, venditori, et qui, locavit, nocere: in quorum fuit potestate, legem apertius conscribere L. Veteribus* 39. *ff. de pactis.*

(2) *L. Si in emptione* 34. *ff. de contr. empt.* (18. 1.)

(3) *L. Quidquid adstringendae* 99. *ff. de verb. oblig.* (45. 1.)

§. 218.

Speciale etiam contractuum est, quod aequalitas inter utrumque contrahentem, quantum fieri potest, servanda sit (1): itaut si unus ab obligatione immunis fiat, alter quoque liberetur (2): praeterquam in casibus, ubi unius contrahentis favor aliud jus inducit, ut in pupillis, et minoribus sine tutore, vel curatore contrahentibus (3); aequitas enim postulat, ut, si aequalis sit contrahentium conditio, aequalis quoque sit sors.

(1) *L. Cum emptor* 5., *l. Si id quod pure* 7. §. 1. *ff. de rescind. vend.* (18. 5)

(2) *D. l.* 7. §. 1., *l. pen. cod. commun. divid.* (3. 37.)

(3) *Princip. institut. de auctorit. tut.* (1. 21.)

§. 219.

Si autem una pars contractus non subsistat, utrum caeterae quoque simul corruant, distinguendum est. Si corruat principalis, sine dubio ea secum trahet accessiones (1): idem erit, si de re individua ex natura sua, vel ex contrahentium voluntate quaestio sit; quia vel rei natura, vel contrahentium voluntas contractum subsistere non patitur. Si autem subsistente principali accessoria vires habere nequeat, haec, utpote ab illa pendens, prioris vim infringere nequit: quemadmodum et una pars subsistet, quamvis altera ruat, si nullo necessario vinculo inter se colligentur; eadem enim ratio, quae postulat, ut in dubio actus sustineatur; quia nemo perperam agere, praesumitur (§. 190.), exigit quoque, ut eorum, quae ab invicem separari possunt, utile per inutile non vitietur (2): nisi aliud voluisse contrahentes appareat.

(1) *L. Cum principal.* 178. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) *L.* 1. §. *Sed si mihi* 5. *ff. de verb. obl.* (45. 1.), *l. Placuit* 29. *ff. de usur.* (22. 1.)

§. 220.

Tria hic supersunt animadvertenda. Primum est, contractum in dubio nunquam censeri simulatum, nisi urgentes conjecturae aliud suadeant: puta in emptione modicitas pretii, pactum luendi, foenerandi consuetudo (1); maxime si interim res penes venditorem remaneat; dolus enim nunquam praesumitur (2). Sed quia dolus, et simu-

latio in animo latent, et difficilis sunt probationis, conjecturis etiam possunt demonstrari (3).

(1) *Haec enim, potissimum simul juncta, fraudis suspicionem praebent.*

(2) *Dolum ex indiciis perspicuis probari convenit. L. Dolum* 6. *cod. de dolo.* (2. 21.)

(3) *Fab. cod. de probat., et praesumpt. l.* 4. *tit.* 14. *def.* 60.

§. 221.

Alterum est, contractum interdum quidem corruere, cum incidit in eam caussam, a qua non potuisset incipere (1): puta si quis rem stipulatus sit, quae ex post facto, extra humanum commercium esse coeperit (2). Aliquando tamen vires habere pergit, quoties ratio, quae initio contractus obstat, juris acquisiti conservationem non impedit: quemadmodum in servitute contingit, quae, licet per partem dominorum acquiri non possit, acquisita tamen per partem couservatur (3): atque generatim quoties contractus perfectus est, nec aliquid ad sui complementum desiderat (4).

(1) *L. Existimo* 98. *ff. de verb. obl.* (45. 1.)

(2) §. *Idem juris* 2. *instit. de inut. stip.* (3. 20.)

(3) *L. Pluribus* 140. §. *ult. ff. de verb. oblig.*

(4) *L. Patre furioso* 8. *ff. de his, qui sui, vel alieni jur. sunt* (1. 6.), *l. Donationes* 31. *ff. de donat.* (39. 5.), §. *Ex contrario* 14. *inst. de legat.* (2. 20.)

§. 222.

Tertio tandem animadvertendum est, pactum contractui adjectum, non semper ex natura contractus interpretandum esse, sed interdum potius ex natura rei in contractum deductae (1); fortior enim esse potest natura rei, quae a contrahentibus regulariter immutari nequit, quam contractus, cui possunt contrahentes quascumque non improbatas conditiones adjicere: adeoque contrahentes praesumuntur, potius illi se conformare.

(1) *L. Stipulatio ista* 38. §. *Si quis ita* 10. *ff. de verb. oblig.* (45. 1.) *Quae quidem regula potissimum obtinet, cum res, de qua coutrahentes paciscuntur, singularem indolem habet. Caeterum nemo dubitat, quin pacta plerumque sequantur naturam contractus, a quo tamquam accessiones pendent.*

INDEX TITULORUM DISPUTATIONIS.

JURISPRUDENTIÆ
LIBER PRIMUS.

TITULUS I.

De justitia, et jure.

Instit. lib. 1. tit. 1. } *De just. et jur.*
Digest. lib. 1. tit. 1. }

SUMMARIA.

Definitio jurisprudentiae. §. 1.
Explicantur prima definitionis verba: rerum divinarum, atque humanarum notitia §. 2.
Explicantur posteriora: justi, atque injusti scientia. §. 3.
Jureconsultorum officium est, aequum ab iniquo, honestum a turpi discernere. §. 4.
Alia jurisprudentiae definitio traditur. §. 5.
Verus jureconsultus is tantum dici potest, qui scit leges interpretari, et convenienter applicare. §. 6.
Justitiae definitio traditur, et explicatur. §. 7.
Cum justitia habitus voluntatis sit, justus tantum proprie dicitur, qui vult suum cuique tribuere. §. 8.
Duplici ratione potest quid alteri deberi: perfecte nimirum, et imperfecte. §. 9.
Hinc plures tribuunt justitiam in expletricem, et attributricem. §. 10.
Ad expletricem spectant obligationes omnes civiles: ad attributricem officia aequitatis. §. 11.
Vulgaris justitiae divisio est in universalem, et particularem. Utraque definitur. §. 12.
Particularis distinguitur in distributivam, et commutativam. Utraque explicatur. §. 13.
Distributiva servat proportionem geometricam, idest personarum qualitatem, et alia adjuncta respicit: commutativa arithmeticam, idest rem unice confert cum re. §. 14.
Quoad proportionem justitiae universalis distinguendum est inter eos, qui publicis funguntur muneribus, et privatos Priores arithmeticam proportionem servare debent, privati geometricam. §. 15.
Proximum justitiae objectum jus est, quod pro scientia juris acceptum recte definitur: ars aequi, et boni. §. 16.
Dividitur jus in publicum, et privatum. §. 17.
Publicum aliud est utilitate, aliud auctoritate: divisio haec est a caussa efficiente. §. 18.
Exempla utriusque generis juris publici. §. 19.
Jus privatum dividi potest in privatum utilitate, sed publicum auctoritate: et in privatum tum utilitate, tum auctoritate. §. 20.
Jus privatum dividitur in naturale, gentium, et civile. An et juri publico haec divisio conveniat? §. 21.
Tria sunt generalia juris praecepta: honeste vivere, neminem laedere, jus suum cuique tribuere. §. 22.

Primum praeceptum exigit, ut ea faciamus, quae aequitas suadet, quamvis nulla lege praecipiantur: et ab iis abstineamus, quae honestas refugit, quamvis lege non coerceantur. §. 23.

Alterum prohibet quodcumque vel levissimum alterius damnum. §. 24.

Tertium jubet, ut aliis ea omnia praestemus, quae ipsis quacumque ratione debentur §. 25.

§. 1.

Inst. l. 1. tit. 1. ff. l. 1. tit. 1.

Cum propositum nobis sit, de jurisprudentia, ejus regulis, praeceptisque disserere, in primis inquirendum, quid sit, et quae ejus definitio. Justinianus (1), Ulpiani vestigiis insistens (2), eam esse tradit, *divinarum, atque humanarum rerum notitiam; justi, atque injusti scientiam.*

(1) §. 1. *instit. hoc. tit.*

(2) *In l. Justitia* 10. §. *Jurisprudentia* 2. *ff. hoc. tit.*

§. 2.

Prima definitionis verba, quae philosophiae etiam aptari possunt (1), objectum demonstrant, circa quod jurisprudentia versatur: ipsa nempe non solum de iis, quae publicum, privatumque civium bonum promovere possunt, sed et de rebus divinis (2), et sacris agit.

(1) *Perpetua fuit aemulatio jureconsultorum cum philosophis. Illi, quae istorum erant propria, ad se rapiebant: hinc philosophice potius jurisprudentiam definierunt jureconsulti, quam ad juris normam. Hinc etiam repetendum, quod tradit Ulpianus in l.* 1. §. 1. *ff. hoc. tit., jureconsultos veram non simulatam philosophiam affectare. Caeterum philosophos potius aspernabantur, velut colligi potest ex l.* 1. §. *An et philosophi* 4., *et* §. *Proinde ne juris* 5. *ff. de extraordin. cognit.* (50. 13.), *ubi negat Ulpianus, praesidis provinciae officium, qui solebat praeceptoribus studiorum liberalium pro mercedibus jus dicere, ad philosophos pertinere, quasi ipsi mercenario lucro operam dent, non liberali studio: dum contra ad jureconsultos non protrahi affirmat, quia civilis sapientia pretio nummario non sit aestimanda. Videatur et l. In honoribus* 8. §. *Philosophis* 4. *ff. de vacat. et excusat. mun.* (50. 5)

(2) *In pandectis ad res divinas referri potest titulus* 7. *lib.* 11. *de religiosis, et sumptibus funerum: tit.* 8. *ejusdem lib. de mortuo inferendo: tit.* 12. *lib.* 47. *de sepulcro violato: tit.* 2. *et.* 3. *lib.* 12. *de jurejurando, et de in litem jurando: in codice autem plures sunt tituli, veluti de summa Trinitate, dec sacrosanctis Ecclesiis, de Haereticis, et Manichaeis etc.*

§. 3.

Postrema definitionis verba indicant finem, ut philosophi loquuntur, proximum jurisprudentiae: finis nempe ultimus civilis sapientiae publica quies est, et salus; finis remotus est fruitio justitiae: ad duos hosce fines assequendos necessaria est justi, et injusti cognitio (1).

(1) *Finis proximus secundum philosophos is est, qui immediate intenditur: remotus, qui nonnisi alio mediante potest obtineri: ultimus vero, in quem caeteri resolvuntur.*

§. 4.

Eadem verba demonstrant officium jureconsultorum, quorum est consulendo, judicando, respondendo, aequum ab iniquo, honestum a turpi discernere, convenientibus praemiis cives ad justitiam sectandam allicere, accommodatis propositis poenis a criminibus deterrere (1): et quidem solo amore justitiae non turpis lucri cupidine (2), quae jura divina, et humana permiscet, et invertit. Quamquam non prohibeantur juris studiosi, conveniens operi salarium exigere (3).

(1) *L.* 1. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *Est quidem res sanctissima civilis sapientia; sed quae pretio nummario non sit aestimanda. L.* 1. §. *Proinde* 5. *ff. de extraordin. cognit.* (50. 13.) Inst. l. 1. tit. 1.

(3) *Divus Antoninus Pius rescripsit, juris studiosos, qui salaria petebant, haec exigere posse. L.* 4. *ff. eod. tit.* ff. l. 1. tit. 1.

§. 5.

Verum cum haec jurisprudentiae definitio, ad aemulationem potius confecta (1), nimis vaga sit (2), aptius definietur: *ars, sive habitus practicus* (3) *leges interpretandi, et singulis facti speciebus in civili societate obvenientibus accommodandi.*

(1) *V.* §. 2. *num.* 3. *in allegat.*

(2) *Discrimen interest inter jurisprudentiam, et philosophiam: haec justum, et iniquum in genere considerat: praecepta generalia tradit: jurisprudentia vero ea singulis speciebus accommodat. Praeterea philosophia praecepta sua ex sola fere recta ratione elicit: jurisprudentia maxime ex legibus libera imperantium voluntate latis.*

(3) *Philosophi veteres cognitiones speculativas scientias appellabant; ad praxim vero tendentes artis nomine donabant.*

§. 6.

Hinc sequitur, perfectum eum tantum dici posse jureconsultum, seu caussarum patronum, qui utraque polleat virtute: tum scilicet leges speculative interpretandi ad eorum sententiam, et vim detegendam; tum et jurisprudentiae praecepta actu perficere sciat, seu singulis facti speciebus convenienter aptare, itaut alterum sine altero non sufficiat; et Rabula cum Cicerone dicendus sit, qui alterutro destitutus sit (1).

(1) *Differunt quidem, ut supra demonstravimus, jurisprudentia theoretica, et practica, ut prioris munus sit leges interpretari, posterioris eas singularibus facti speciebus accommodare. Verum perfectus nemo est jureconsultus, cui alterutrum desit; quid enim proderit, legum sententiam nosse, nisi et ejusdem sententiae usum in singulis casibus teneas? Sane legem singularibus facti speciebus applicare non potest, qui ejusdem vim, et sententiam ignorat. V. prooem. part.* 2. *de legum usu pag.* 33.

§. 7.

Jurisprudentiae finis justitia est (§. 3.): haec autem a Justiniano (1), et Ulpiano (2) definitur: *constans, et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.* Voluntas hic pro voluntatis habitu accipitur, atque his verbis demonstratur, justitiae virtutem, non ad intellectum, sed ad voluntatem pertinere (3). Constans dicitur haec voluntas, et perpetua; ea enim cujusque virtutis indoles est, ut tenax sit, et firmus agendi habitus (4). Postrema definitionis verba objectum justitiae proprium demonstrant. Voluntas igitur constas, et perpetua genus est, jus suum cuique tribuendi differentiam constituunt, qua justitia a caeteris virtutibus moralibus secernitur. Brevius, et forte aptius definiri posset: virtus moralis suum cuique tribuens (5).

(1) *Princ. inst. hoc tit.*

(2) *L. Justitia* 10. *ff. hoc tit.*

(3) *Philosophi virtutes distinguunt in intellectuales, et morales. Illae in intellectu resident, et mentem inclinant ad veri assensum ex praescripto rectae rationis. Tales sunt prudentia, fides: morales vero eas appellant, quae voluntatem ad boni prosecutionem movent, ut justitia, temperantia, fortitudo.*

(4) *Virtus est habitus animi rectae rationi consentaneus: habitus autem est facultas, sive facilitas agendi exercitatione, et pluribus actibus acquisita: stoicis virtus est constans, et perpetua vitae ratio. Cic. de legib.* 1. 17.

(5) *Definitio haec fere traditur a Cicerone lib.* 5. *de finibus; ubi*, justitia, *ait*, est habitus, animi affectio suum cuique tribuens.

§. 8.

Justitiam in voluntate consistere diximus, potiusquam in actione: ille enim vere ju-

Ist. l. 1. tit. 1. ff. l. 1. tit. 1.

stus dumtaxat appellari potest, qui ea est animi affectione praeditus, ut cuique, quod suum est, tribuere velit. Justus tamen in civitate etiam nominatur, qui actiones suas exterius ad legum sanctionem componit, quamvis destitutus sit juste agendi voluntate; utpote non amore justitiae, sed poenae timore, vel cujuscumque lucri cupidine ad recte agendum impulsus.

§. 9.

Justitia suum cuique tribuit: duplici autem ratione quid alteri debitum esse potest: obligatione perfecta, vel imperfecta. Perfecta dicitur, quae vel invitos cogit ad agendum; imperfecta, quae interius quidem devincit, sed reluctantem cogere non potest. In civili prudentia solius fere perfectae obligationis ratio habetur.

§. 10.

Hinc interpretes plures, inter quos Volfius (1), Heineccius (2) Voet (3), Justitiam dividunt in *expletricem*, *et attributricem*. Expletricem vocant illam, quae cuique tribuit, quod jure perfecto, et ex necessitate debetur: attributrix in iis versatur, quae officii magis sunt, et humanitatis, nec coactionem admittunt.

(1) *Instit. jur. natur., et gent. part.* 1. *cap.* 3. §. 80.
(2) *In pandect. hoc tit.* §. 4.
(3) *In pandect. hoc tit. num.* 10.

§. 11.

Ad expletricem spectant obligationes omnes, quae oriuntur ex contractibus, quasi contractibus, maleficiis, vel quasi maleficiis. Ad attributricem officia aequitatis pertinent: veluti eleemosyna, beneficiorum remuneratio, commodatum, mandatum, et alia ejusdem generis (1).

(1) *Doctrinam hanc ipsi ethnici tradiderunt.* Quam angusta innocentia est, *ait Seneca lib.* 2. *de ira cap.* 27., ad legem bonum esse: quanto latius patet officiorum, quam juris regula! Quam multa pietas, humanitas, liberalitas, justitia, fides exigunt, quae omnia extra tabulas publicas sunt! *Nec ab ea alieni fuere jureconsulti. V. l.* 1. §. *Licet autem* 3. *ff. de peric. et commod. rei vend.* (18. 6.)

§. 12.

Sed expendamus vulgarem justitiae divisionem. Justitia in duas species vulgo tribui solet, quarum altera dicitur universalis, particularis altera: universalis virtus moralis est, tribuens reipublicae, quod ipsi ab unoquoque cive debetur. Particularis cuique societatis membro praestat, quod suum est (1).

(1) *Justitia est virtus suum cuique tribuens* (§. 7.); *duplici autem officiorum genere cives adstringuntur, quorum alterum pubblicae utilitati prospicit, privatam cujusque utilitatem alterum curat. Prius officium ab universali justitia descendit, posterius a particulari. Sed, si justitiam in amplissima significatione accipiamus, virtutes omnes ipsa complectitur: hoc sensu dicitur Matth. cap.* 5. *vers.* 6. Beati, qui esuriunt, et sitiunt justitiam.

§. 13.

Quoniam vero in civili societate non tantum cujusque commodo consulere debet, qui societati praeest, sed et mutua servanda est in negotiis aequalitas inter cives, ideo justitia particularis in duas species dispescitur, distributivam, et commutativam. Illa congruenter partitur honores, praemia, poenas, et onera: haec aequalitatem in contractibus, et negotiis servat.

§. 14.

Discrimen interest distributivam inter, et commutativam justitiam in eo, quod ad rationem, et modum servandae aequalitatis pertinet. Distributiva non simpliciter personas considerat, earumque qualitates, sed et alia plurima adjuncta, veluti temporis, loci, utilitatis, necessitatisque: imo et in personis plura respicit; earum nempe indolem, mo-

res, idoneitatem, sexum, aetatem, facultates; quibus omnibus simul pensatis aequum videatur, ut alter prae altero honoribus, et praemiis cumuletur, gravioribus oneribus subjiciatur, acerbioribus poenis, vel levioribus corrigatur. Commutativam vero haec omnia nihili facit; unice enim attendit, an valor rei tradendae cum re accepta aequalis sit: an pretium operae respondeat: et hoc est, quod vulgo traditur, a justitia distributiva servari proportionem geometricam; commutativam vero arithmetica uti proportione.

Ist. l. 1. tit. 1. ff. l. 1. tit. 1.

§. 15.

Sed quanam proportione utatur justitia universalis, inquirere non solent interpretes, quasi ipsa nulla proportione dirigatur, vel hanc noscere supervacaneum sit; quorum utrumque a veritate sane alienum est. Distingui hic debent privati ab illis, qui aliquo publico munere funguntur: in privatorum debito dimitendo proportione geometrica utendum est; nec enim aequali lance privatus quisque reipublicae commodum curare debet, sed pro viribus, et facultatibus suis: qui vero munus aliquod in societate sustinent, aritmethica proportione publicae utilitati servire debent, pro ratione officii, quo funguntur (1).

(1) *Quare docent Theologi, ad restituendum erga rempublicam non teneri privatos, qui justitiam universalem violant, quamvis a culpa immunes non sint, teneri vero eos, quibus aliquod munus demandatum fuit. Ex justitiae commutativae violatione nemo est, qui nesciat, obligationem restituendi nasci: in distributiva autem duplex est respectus si de muneribus tribuendis quaestio sit: videlicet illorum, quos alteri praeferri justitia expostulabat, et illorum, quorum commodo officium constitutum est. Finge vassallum, minus prudentem jureconsultum eligere ad jus dicendum, sapientioribus, et magis idoneis posthabitis: nullum sane contrahit restituendi debitum erga istos, quibus jure tantum imperfecto prospicere debet: sed a restitutionis obligatione excusari non potest erga subditos ratione damni, quod ex iniqua, vel inconsiderata electione patiuntur; quia eorum commodo consulere jure perfecto adstringitur, in vim quasi contractus; sicut et judex ipse, vel quivis alius publico fungens officio. Quod de muneribus tribuendis, idem de praemiis affirmandum: si vero de poenis, et oneribus, sive tributis agatur; cum ex iniqua poenarum irrogatione, onerumque impositione jus perfectum alterius violetur, certum est, restituendi obligationem emergere*

§. 16.

Justitiae objectum proximum jus est, quod pro scientia eorum, quae fieri, vel omitti debent, acceptum (1), ab Ulpiano definitur: *ars boni, et aequi* (2): sive scientia practica non tantum ejus, quod per leges licet, sed et quod honestum, et conveniens sit naturali rationi.

(1) *Multiplex est hujus vocis significatio: jus enim aliquando pro legum complexu accipitur; veluti cum dicimus jus naturale, jus positivum; quo nomine leges omnes a natura datae, vel ab hominibus latae continentur: aliquando pro singulari lege, veluti cum dicimus, ita jus est, idest ita lex jubet: interdum pro naturali vinculo, quod alterum alteri devincit: quo sensu dicimus jura sanguinis, jus cognationis. Interdum significat potestatem quandam, quae alteri competit; atque ita fit divisio personarum in eos, qui sunt sui, vel alieni juris. V. l. penult., et ult. ff. hoc tit.*

(2) *L. 1. princ. ff. hoc tit.*

§. 17.

Dividitur jus ab objecto in publicum, et privatum (1). Publicum est, quod directo tendit ad publicam utilitatem; privatum vero singulorum civium primario consulit commodis. Directo inquam, et primario: nam et ex incolumitate reipublicae privatorum salus exurgit, et ex privatorum bono publica salus ortum habet. Jure publico sacrum continetur (2).

(1) §. *Hujus studii 4. inst. hoc tit.*

(2) *L. 1. §. Hujus studii 2. ff. hoc tit.*

Inst. l. 1. tit. 1. ff. l. 1. titi 1.

§. 18.

Publicum jus interum tribui solet in publicum utilitate, et publicum auctoritate: verum divisio haec non ab objecto, sed ab origine petitur, sive, ut loquuntur scholae, a caussa efficiente. Publicum utilitate illud est, quod mox definivimus: publicum vero auctoritate illud omne appellatur, quod a publica constituitur potestate: atque simul publicum utilitate est, si praecipue respiciat publicum bonum; auctoritate vero publicum privatum erit utilitate, si ad singulorum commoda pertineat.

§. 19.

Exempla publici juris prioris generis dant leges, quae in electione Magistratuum, caeterorumque publicorum munerum designatione versantur, quae ad foedera ineunda, bella indicenda, pacem sanciendam spectant. Ad alterum genus revocari possunt jura omnia, quae privatorum res dirigunt, et moderantur: veluti quae respiciunt tutelae munus, testamenta, legata, et cujuscumque generis contractus.

§. 20.

Quemadmodum publicum jus a caussa efficiente tribui solet in publicum utilitate, et publicum auctoritate; ita nil vetat, quominus jus privatum eadem ratione partiamur in privatum utilitate quidem, sed auctoritate publicum, et in privatum tum utilitate, tum auctoritate; cujus nomine intelligendae sunt civium conventiones, quae et ipsae legis nomine donari possunt (1). Merito ergo scripsit jureconsultus (2) contractus ex conventione legem accipere; non minus enim adstringuntur homines conventionibus ex propria voluntate, quam legibus ex Principis imperio (3).

(1) *Ut patet ex tit. de lege commissoria ff. lib.* 18. *tit.* 3.: *ex tit. de pactis pignorum, et de lege commissoria in pignoribus rescindenda cod. lib.* 8. *tit.* 35.

(2) *L.* 1. §. *Si convenit* 6. *ff. depositi.* (16. 3.)

(3) *Legem, quam dixisti, cum dotem pro alumna dares, servari oportet. L. Legem* 10. *cod. de pactis.* (2. 3.)

§. 21.

Privatum a Justiniano, et Ulpiano interum tribuitur in tres species, nempe in jus naturale, jus gentium ed jus civile (1). Aptius sane publicum non minus, quam privatum, hac ratione divideretur: nam et publicum jus plurimas sanctiones continet, quae ad naturale, gentium, vel civile jus pertinent: quin imo gentium jus publicum potius dicendum est, quam privatum; distinctiones enim dominiorum, bella, foedera, quae juris gentium esse dicuntur, publicam directo, et praecipue respiciunt utilitatem.

(1) §. *Hujus studii* 4. *inst. hoc tit.*, *l.* 1. §. 2. *ff. eod. tit. Divisio haec a caussa efficiente est repetenda.*

§. 22.

Juris praecepta generalia, a quibus caetera, tamquam a fonte, dimanant, tria sunt, honeste vivere, neminem laedere, jus suum cuique tribuere (1). Ex his primum ad justitiam attributricem pertinet, et civem dirigit ratione sui: posteriora duo ad expletricem, eumque in officiis erga alia societatis membra disponunt.

(1) §. *Juris praecepta* 3. *inst. hoc tit.*, *l. Justitia* 10. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 23.

Primo juris praecepto honesta vitae ratio edicitur: haec vero exigit, ut non ea dumtaxat exequamur, ad quae legis imperio adigimur; vel ab iis abstineamus, quae legis sanctione coercentur: sed et illa perficiamus, quae aequitas, et naturalis honestas suadent (1), illaque fugiamus, quae, quamquam a poena per leges immunia sunt, pietatem quoquo modo laedunt, verecundiam, existimationem (2); plurima enim civiles legislatores patiuntur, vel majoris mali vitandi caussa, vel quia inanis esset conatus, summam virtutem propositis poenis exigere. Merito ergo jureconsultus asseruit, non omne, quod licet, honestum esse (3).

(1) *V.* §. 11. *in allegat. num.* 1.
(2) *L. Filius, qui* 15. *ff. de condit. instit.* (28. 7.)
(3) *Paulus in l. Non omne* 144. *ff. de reg. jur.*

Inst. l. 1. tit. 1. ff. l. 1. tit. 1.

§. 24.

Altero juris praecepto probibetur quaevis injuria, quodcumque vel levissimum damnum, quo alteri noceatur, vel laedantur salus, existimatio, facultates; juxta sapiens Tobiae senis consilium (1): nec sane honesto civi sat erit a furtis, ab homicidio, vel atrocibus injuriis, quae scelera poenis vindicant leges, se continere: sed et temperandum ab iis malis, quae jure illata aliquatenus videri possunt.

(1) *Quod ab alio oderis fieri tibi, vide, ne tu aliquando alteri facias. Tob. cap.* 4. *vers.* 16.

§. 25.

Tertium praeceptum jubet, ut cuique, quod suum est, tribuatur. Quod non de solis rebus, quae pretio aestimantur, intelligendum est, verum et de quibuscumque officiis, quae mutua hominum societas exposcit: qua in re cujusque qualitas pensanda est. Hisce breviter explicatis Justiniano duce ad aliam juris divisionem progrediendum est.

TITULUS II.

De jure naturali, gentium, et civili.

Instit. lib. 1. tit. 2. *De jur. natur. etc.*
Digest. lib. 1. tit. 3. *De legib. etc.*
Cod. lib. 1. tit. 14. *De legib. etc.*

SUMMARIA.

Triplici jure, ut vulgo tradi solet, regitur homo: naturali, gentium, et civili. §. 26.

Juris naturalis definitio ab Ulpiano, et Justiniano tradita. Bruta subjiciuntur legi naturali quoad vim directivam. §. 27.

Tria sunt officia hominibus, et brutis communia, procreatio sobolis, ejus educatio, et propriae vitae conservatio: quae tamen naturali honestate, et ratione dirigit homo, dum bruta feruntur caeco impetu. §. 28.

Jus naturale proprie sumptum, quod soli homini convenit, est complexus legum ab ipso Deo per rectam rationem promulgatarum. §. 29.

Consectaria praecipua hujus juris sunt pietas in Deum, amor in patriam, parentes, et caeteros homines. §. 30.

A jure naturali proprie sumpto vix differt jus gentium, quod ab Ulpiano esse dicitur illud, quo gentes humanae utuntur. §. 31.

Jus gentium etiam tribui potest in primarium, quod idem est, ac jus naturale proprie sumptum, et secundarium. §. 32.

Jus gentium secundarium natura non constituit, sed humanae necessitates suaserunt. §. 33.

Hinc instituta commercia, inventi contractus, distincta dominia, divisa regna: atque inde orta sunt bella, occasione bellorum captivitates, et servitutes. §. 34.

Jus civile est, quod quisque populus sibi constituit. Explicatur definitio. §. 35.

Dividitur jus civile in scriptum, et non scriptum. §. 36.

§. 26.

Triplex est, inquiunt vulgo interpretes, hominis considerandi ratio; spectari enim potest, ut animal, ut homo, ut civis. Quatenus animal corpore constans, quo cum bru-

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod l. 1. tit. 14. tis animantibus convenit, regitur, inquiunt, jure naturali: quatenus homo, immortali, et rationis participe anima praeditus, quo supremo Numini quodammodo aequiparatur (1), gentium jure dirigitur: demum ut civis, quatenus peculiarem quamdam cum aliis init societatem, juri civili subjicitur.

(1) *Faciamus hominem ad imaginem, et similitudinem nostram. Gen. cap. 1. vers. 26. et 27.*

§. 27.

Jus naturale a Justiniano, et Ulpiano definitur, quod natura omnia animalia docuit (1); sive quod bruta aeque, ac homines dirigit. Ne autem in re consentientes de verbis disceptemus cum iis, quibus haec displicet definitio quasi hominibus bruta animantia exaequet, animadvertendum est, duplici ratione aliquem legi subjectum intelligi posse: nimirum vel quoad vim praeceptivam, vel quoad vim directivam. Quoad vim praeceptivam legi subjicitur, qui rationis particeps vim legis intelligit, eamque sponte servat. Haec autem subjectio soli homini convenit, non brutis, quae ratione carent. Quoad vero vim directivam legi subjici dicuntur, quaecumque res ab ea ordinantur, et ad suos fines constantes diriguntur. Hoc sensu nemo negaverit, quin non tantum bruta, sed et caeterae creatae res, quae etiam sensu carent, legi naturali subjaceant; quia sapientissimus naturae Auctor eas constanter regit, et ad fines ab ipso praestitutos ducit (2). Atque hoc sensu, quamvis minus proprio, non inepte dicitur, jus naturale hominibus, et brutis commune esse; potissimum quod ad corpus pertinet, in quo vix homines a brutis distinguuntur.

(1) *Princip. inst. hoc tit., l. 1. §. Jus naturale 3. ff. de just. et jure. Quamvis hic Ulpianus affirmet*, feras etiam istius juris peritia censeri, *non inde tamen recte colliges, jureconsultum feris rationem tribuisse: sed tantum inferendum est, communia quaedam officia agnovisse inter homines, et bruta, quae tamen caeco naturae instinctu a brutis fiunt, prudenti, et libero consilio ab hominibus peraguntur.*

(2) *Hinc in libro Proverbiorum cap. 8. vers. 27. et 29. de sapientia dicitur:* Quando praeparabat coelos, aderam: quando certa lege, et gyro vallabat abyssos: quando circumdabat mari terminum suum, et legem ponebat aquis, ne transirent fines suos. *Et in psalmo 148. vers. 8.* Ignis, grando, nix, glacies, spiritus procellarum, quae faciunt verbum ejus.

§. 28.

Praecipua autem officiorum exempla hominibus, et brutis communia sunt sobolis procreatio, et educatio, vitae conservatio, et defensio. Verum in his quam diversa est, vel esse debet ratio! Bruta junguntur caeca libidine, sine consilio, sine delectu: homini honestas prae oculis habenda est in conjugiis ineundis, itaut ab iis abstineat, quae naturali pudori minus consentanea videntur. Deinde in sobolis procreatione non alio spectare debet, quam ut proles edatur, quae debitum cultum Deo, et reipublicae obsequium praestet. In brutis sobolis educatio sustentationis fines non egreditur; in homine praecipuum esse debet, ut animus ad virtutem informetur et convenientibus cuique conditioni disciplinis instruatur. Animalia cibum tantum capiunt, ut ventri serviant: cibo, si praesto sit, se ingurgitant, atque in eo usque ad satietatem immergunt: homo vero spirituali anima donatus eo tantum vesci debet, ut vitam sustentet, atque in cibo semper temperantiam retinere, ne mens obruatur. Demum caece, et temere se defendunt bruta animantia: homini servandum est, ut ajunt, moderamen inculpatae tutelae, quod in eo consistit, ut illud alteri malum dumtaxat inferatur, quod ad propriam vitam tuendam omnino est necessarium: itaut nefas sit occidere, si vulnerando possis te incolumem servare; nefas vulnerare, si tantum percutiendo vitam servare valeas: imo nec liceat percutere, si alia suppetat defensionis ratio.

§. 29.

Sed videamus, quid sit jus naturale proprie sumptum, quod homini peculiare est. Jus

naturale, prout hic sumitur, nihil aliud est, quam *complexus legum ab ipso Deo humano generi per rectam rationem promulgatarum.* Legum complexum dicimus; hic enim jus pro omnibus legibus naturalibus accipimus. Ab ipso Deo profluunt leges hae; cum enim ipse sit supremus naturae Auctor, ejusdem quoque moderator esse debet (1). Per rectam demum rationem promulgatum dicimus, ut jus naturale a caeteris Dei legibus secernamus, quas tum in veteri, tum in novo testamento tulit, quasque vel per Filium suum unigenitum, per Moysen, Prophetas, vel Apostolos promulgavit (2).

Inst. l. 1 tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

(1) *Jus hoc ab aeterna lege in eo tantum distinguitur, quod aeternam legem in ipso Deo concipimus, jus vero naturale secundarium in ipso homine est, nempe ipsa est aeterna Dei lex homini per rationis lumen promulgata.*

(2) *Eleganter Cicero more suo de hac lege loquens ait:* Est enim haec non scripta, sed nata lex, quam non didicimus, accepimus, legimus: verum ex natura ipsa arripuimus, hausimus, expressimus. *Cic. orat. pro Milone cap. 4., quin et aeternam legem perspicue agnoscit idem Cicero lib. 2. de legibus, ubi haec habet:* Hanc video sapientissimorum hominum esse sententiam, legem nec hominum ingeniis excogitatam, nec scitum esse aliquod populorum, sed aeternum quiddam, quod universum mundum regeret, imperandi, prohibendique sapientia. Ita principem legem illam, et ultimam mentem esse dicebant omnia ratione agi, aut cogentis, aut vetantis Dei, ex qua illa lex, quam Dii humano generi dederunt, recte est laudata.

§. 30.

Cum tamen recta ratio ea tantum jubeat, quae per se, et necessario honesta sunt, eaque prohibeat, quae turpia sunt in se ipsis, cuique attendenti facile innotescunt prima consectaria juris naturalis. Nempe recta ratio vult, ut Deum super omnia diligamus, ejusque jussa faciamus. Post Deum primas partes obtinere debet amor patriae, post patriam parentes, post hos propinqui, demum caeteri homines sincero, et efficaci amore diligendi sunt, inter quos cognationem quamdam natura ipsa constituit, ut sapienter tradit Florentinus. (1).

(1) *L. Ut vim 3. ff. de just., et jure. Ita et sentit Cicero lib. 1. de officiis in fine scribens: In ipsa communitate esse gradus officiorum, ex quibus, quid cuique praestet, intelligi potest: ut prima Diis immortalibus, secunda patriae, tertia parentibus, deinde gradatim, reliqua reliquis debeantur.*

§. 31.

Jus gentium in genere ab Ulpiano dicitur illud esse, quo gentes humanae utuntur (1). Sane in Ulpiani sententia jus hoc gentium a naturae jure non differt, ut aperte significat jureconsultus, cum ait, a jure naturali distingui jus gentium, quia naturale jus etiam brutis commune est, jus autem gentium soli convenit homini (2).

(1) *L. 1. §. ult. ff. de just., et jure.*

(2) *Jus gentium est, quo gentes humanae utuntur, quod a naturali recedere facile intelligere licet; quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune est. D. l. 1. §. ultim. ff. de just. et jur.*

§. 32.

Sed, ut quae de jure gentium in speciem opposita traduntur, invicem conciliemus, tribuendum est jus gentium in primarium, et secundarium. Primarium a Justiniano designatur, quum ait: jus gentium illud esse, *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit* (1). Hujus juris consectaria eadem omnino sunt, quae juris naturalis, quod hominis proprium est, quia nullatenus ab eo differt: et vocum nuda erit controversia, si alicui magis libeat, jus naturae, non gentium, appellare, de quo nobis ad praestantiora, et utiliora properantibus disputare non vacat.

(1) §. 1. *inst. hoc tit.*

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 3.

§. 33.

Jus gentium secundarium illud merito dicitur, quod usu exigente, et humanis necessitatibus homines sibi constituerunt (1); ita enim ad mutuam fovendam charitatem sapientissimus naturae Auctor res humanas disposuit, ut nemo sit, quacumque fulgeat dignitate, quantiscumque opibus abundet, qui aliorum opera saepe non indigeat. Hinc factum, ut mutuo consensu, natura quoque ipsa suadente, plura excogitaverint homines, quibus in vitae necessitatibus sibi invicem subsidio sint.

(1) §. *Sed jus quidem* 2. *instit. hoc tit.*

§. 34.

Ergo ex hoc jure instituta sunt commercia, adinventi contractus emptionis, et venditionis, locationis, et conductionis, societatis, mutui, et similes: hinc et regna condita, distincta dominia, termini agris positi (1): occasione divisionis regnorum, dominiorumque distinctionis orta sunt bella; aequum enim est, ut unumquodque imperium ab iniquo aggressore se armis tueri possit, vel armorum subsidio recuperare, quod inique fuit ablatum, cum alia ratio nulla suppetit recipiendi, quod amissum est: occasione antem bellorum ortae sunt captivitates, et servitutes; quatenus pertinaci, et iniquo hosti, qui impune potuisset occidi, aequitati tamen magis consonum visum est, vitam servare: simulque, ut propriae consulatur saluti, inimico facultatem in posterum nocendi adimere, adeoque non liberum dimittere, sed in captivitatem, seu servitutem adigere (2).

(1) *D.* §. 2. *inst. hoc tit.*

(2) *D.* §. 2. *inst. hoc tit.*, *l. Ex hoc jure* 5. *ff. de just.*, *et jure.*

§. 35.

Jus civile Justinianus definit, quod quisque populus ipse sibi constituit (1); vocaturque civile, quasi jus proprium cujusque civitatis (2). Populi autem nomine in statu monarchico ipsum Principem intelligimus, apud quem omnis potestas est; neque enim populo sine summi imperantis auctoritate fas est, legem ferre: in aristocratico optimates, in democratico plebem; populi enim nomen merito accommodatur illis, qui populum repraesentant, ejusque vices gerunt.

(1) §. 1. *inst. hoc tit.*

(2) *Juris civilis nomine simpliciter prolati, ait Imperator in* §. *Sed jus quidem* 2. *inst. hoc tit.*, *jus Romanum intelligitur; quippequod caeteris aliorum populorum juribus praestat, ut omnium gentium consensus demonstrat.*

§. 36.

Dividitur a Justiniano jus civile in scriptum, et non scriptum (1), quod consuetudo appellatur. Jus scriptum non dicitur eo sensu, quod litteris sit consignatum; cum scriptura ad legis substantiam non pertineat; sed dicitur scriptum, idest latum, et promulgatum: qua ratione jus ex prudentum interpretatione profectum Pomponius jus civile simul dixit, et jus non scriptum (2). Jus vero non scriptum vocatur, quod nec latum, nec promulgatum tacito populi consensu est introductum. Sed de duobus hisce juris civilis speciebus fusius, et singillatim agendum nobis est.

(1) §. *Constat autem* 3. *inst. hoc tit.*

(2) Haec disputatio, et hoc jus, quod sine scripto venit compositum a prudentibus . . . communi nomine appellatur jus civile. *L. Necessarium* 2. §. *His legibus* 5. *ff. de origin. jur.* (1. 2.), *et clarius in* §. 12., *ubi sic loquitur jureconsultus*: Ita in civitate nostra, aut jure, idest lege constituitur, aut est proprium jus civile, quod sine scripto in sola prudentum interpretatione consistit.

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

PARS I.

De jure scripto.

Instit. lib. 1. tit. 2. *De jur. natur. etc.*
Digest. lib. 1. tit. 3. } *De legib. etc.*
Cod. lib. 1. tit. 14. }

SUMMARIUM.

Sex sunt juris scripti species. Tractationis series. §. 37.

§. 37.

Sex adhuc enumerat Justinianus juris scripti species (1): eaeque sunt Lex, Plebiscitum, Senatusconsultum, Principum placita, Magistratuum edicta, et responsa Prudentum. Cum autem plura singularia in hisce diversis juris scripti speciebus sint animadvertenda, ut facilius percipi possint, tribus distinctis capitibus de iis agemus; quorum primum erit de legibus: alterum de Principum placitis, tertium de Plebiscitis, Senatusconsultis, Magistratuum edictis, et responsis Prudentum. Atque his quartum adnectemus de Statutis, ne aliquid praetermisisse redarguamur, quod ad forensem jurisprudentiam illustrandam proficiat.

(1) *D.* §. 3. *inst. hoc tit.*

CAPUT I.

De legibus.

SUMMARIUM.

Partitio, et ordo §. 38.

§. 38.

Caput hoc clarioris doctrinae gratia, ne rerum simul congestarum copia tenebras offundat, in quatuor sectiones partiemur: in prima legum essentiam, et conditiones explicabimus; in secunda legum multiplicem divisionem expendemus; tertia aget de legum vi, et efficacia; quarta tandem de legum abrogatione.

SECTIO I.

De legis essentia, et conditionibus.

SUMMARIA.

Legis etymologia, et definitio a Justiniano, et Papiniano tradita. §. 39.
Explicatur definitio Papiniani, ex quo lex est commune praeceptum, virorum prudentum consultum: delictorum, quae sponte, vel ignoranter contrahuntur, coercitio, communis reipublicae sponsio. §. 40.
Convenientius lex definitur: praeceptum commune ab eo, qui societati praeest, ad bonum publicum promulgatum. §. 41.
Cur lex praeceptum dicatur? §. 42.

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

Quo sensu sit praeceptum commune? §. 43.

Qui censeatur societati praeesse, et cur lex ad bonum publicum ferri debeat? §. 44.

Promulgari debet lex, ut ad notitiam subditorum perveniat. §. 45.

Publicatio legis in unaquaque provincia fieri debet. §. 46.

An sufficiat legem publicari in urbibus, quae capita sunt provinciarum, et locis principalioribus. §. 47.

Subditorum approbatio ad legis vim necessaria non est. §. 48.

Quaedam tamen leges sunt, quae viribus carent, quia usu receptae non fuerunt, Principe ita concedente. §. 49.

Quid sit legis interinatio, quae a supremis Magistratibus fieri solet? §. 50.

Interinatio non est de legis substantia; quia legis vis tota pendet a voluntate Principis. §. 51.

Nisi cum agitur de concessionibus Principis, quae ad bona demanialia pertinent. §. 52.

Quid sit verificatio, justificatio, et simplex registratio. §. 53.

Quamvis in re feudali, aut demaniali Regiae litterae vim capiant ab interinatione, in dubio tamen concordia praesumenda est. §. 54.

Sicut subditorum approbatio non est de legis substantia, ita nec scriptura; quae tamen conveniens est. §. 55.

Enumerantur legis conditiones. §. 56.

Lex esse debet clara, ut ejus sententia facile cognoscatur. §. 57.

Brevis, ut vitetur ambiguitas. §. 58.

Honesta esse debet, tum quoad objectum, tum quoad modum. §. 59.

Quamvis aspera, honesta esse potest: nec subditi inquirere debent in legum justitiam. §. 60.

Possibilis, nec nimis ardua. §. 61.

Perpetua, ut non immutetur, nisi mutentur adjuncta; quia perpetuo legislator publicae debet utilitati prospicere. §. 62.

§. 39.

Lex a legendo dicta, ut plures sentiunt, quia promulgari debet a superiore, et a subditis sciri, et disci: vel ab eligendo, quia Princeps per eam eligit, quod publicae saluti magis conveniens est: vel demum a ligando, quia lex subditos ligat, eosque ad sui observantiam adstringit, definitur a Justiniano: *quod populus Romanus Senatorio Magistratu interrogante, veluti Consule, constituebat* (1). Definitio haec legis naturam non explicat; dumtaxat indicat modum, quo in libera republica lex ferebatur (2). A Papiniano vero describitur: *commune praeceptum, virorum prudentum consultum: delictorum, quae sponte, vel ignorantia contrahuntur, coercitio, communis reipublicae sponsio* (3).

(1) §. *Lex est* 4. *instit. hoc tit.*

(2) *Leges tempore liberae reipublicae a populo Romano ferebantur simul congregato, rogante tamen aliquo ex superioribus Magistratibus; veluti Consule, Dictatore, Interrege, Tribuno militum consulari potestate praedito. Ab his autem Magistratibus lex prius domi scribenda erat, adhibitis viris prudentibus, cum quibus expenderetur, utrum lex reipublicae utilis futura esset, necne.* 2. *Lex communicabatur Senatui, sine cujus auctoritate nefas erat, agere cum populo.* 3. *Lex promulgabatur, idest publice proponebatur, ut quilibet e populo eam legere, et judicare posset, an ferenda, an rejicienda esset; atque spatium promulgationis erat trinundinum.* 4. *Sequenti die post tertias nundinas populo convocato praeco legem recitabat: deinde conciones fiebant, tum ab eo, qui legem rogabat, tum a Tribunis plebis, vel etiam ab aliis, quibus id*

a Magistratu concessum fuisset, vel ad suadendam, vel ad dissuadendam legem. Iust. l. 1. tit. 2.
5. *Auditis orationibus rogatio legis fiebat solemni formula:* velitis, jubeatis Quirites: hoc ita, uti dixi, ita vos Quirites rogo. 6. *Postea, facta discessione, seu postquam* ff. l. 1. tit. 3.
unusquisque in suam centuriam discesserat, ferebantur suffragia, olim quidem voce, Cod. l. 1. tit. 14.
post tabellariam vero legem tabellis, in quarum altera scriptae erant litterae V. R., *idest* uti rogas; *in altera littera A., idest* antiquo, *seu rejicio; atque unam ex his tabellis, prout recipiendam, vel rejiciendam unusquisque legem existimabat, in urnas immittebat.* 7. *Hisce peractis numerabantur tabellae. Si plures sententiae legem probassent, lex* scita, *sive* perlata, *secus* antiquata *dicebatur.*

(3) *L.* 1. *ff. hoc tit.*

§. 40.

Dicitur *commune praeceptum*, quia legis sanctio ad omnes, et singulos pertinent, eosque adstringit: *virorum prudentum consultum;* quia, cum a legum justitia, et convenientia praecipue pendeat reipublicae salus, Romanis Imperatoribus solemnis mos fuit, legem prius non ferre, quam adhibitis in consilium viris scientia, et prudentia conspicuis, qui de novae legis justitia, aequitate, utilitateque cognoscerent (1). *Delictorum, quae sponte vel ignoranter contrahuntur, coercitio:* si ignorantia omnino sit inculpata, et, ut ajunt, invincibilis, sicut a delicto excusat, ita et a poena; sed si culpam aliquam habeat admixtam, et vinci potuerit, tunc pro modo negligentiae poenam meretur, qui ex ignorantia delinquit; quia ignorantia ipsa delictum est. De hac ergo ignorantia intelligendus est Papinianus. Demum dicitur *communis reipublice sponsio*, sive promissio: quia omnes spondent se legem observaturos: vel cautio, et securitas; quia a legum justitia, et observantia publica salus pendet.

(1) *V. princ. instit. de codicillis* (2. 25.), *l. Humanum* 8. *cod. hoc tit. Nov.* 152. *in praefat., et cap.* 1.

§. 41.

Sed pressius, et magis adaequato definiri potest lex: *praeceptum commune ab eo, qui societati praeest, ad bonum publicum promulgatum.* Prima vox generis vices tenet, qua lex cum altera quacumque superioris jussione convenit: caeterae differentiam indicant, qua ab aliis secernitur. Singulas voces explicemus.

§. 42.

Lex *praeceptum* est (sub praecepto etiam prohibitio continetur). Si ergo Princeps aliquid tantum consulat, quantumvis honoribus, praemiis ad agendum alliceret, non lex, sed consilium esset; nam de essentia legis est, ut obliget: obligari autem nemo potest, nisi per superioris praeceptum.

§. 43.

Praeceptum *commune* est; lex enim pro omnibus ferri debet: nec Principis singulare imperium legis nomine donatur. Non tamen necesse dixeris ad legis rationem, ut omnes omnino subditos perstringat; cum sufficiat, si ejus vis protrahatur ad quamdam universitatem. Quare constituuntur leges pro solis Magistratibus, judicibus, militibus, pro unius, vel alterius generis opificibus.

§. 44.

Lex ab eo fertur, qui societati praeest: nimirum a Principe in statu monarchico, ab optimatibus in aristocratico, a plebe in democratico; illius enim est omnes imperio suo adstringere, qui ex officio debet omnium saluti consulere. *Ad bonum publicum* lex constituitur: privatis imperantium commodis servire non debent leges, sed publico parentium bono providere. Quare, quae sanciuntur ad privatam alicujus utilitatem, non leges appellantur, sed privilegia.

§. 45.

Tandem diximus, legem rite *promulgatam* esse oportere; cum enim subditis obligatio

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

immineat, legis praecepto actus suos accommodandi, necessaria omnino est promulgatio, ut ejus notitiam habere indubie possint (1).

(1) *Leges sacratissimae, quae constringunt hominum vitas, intelligi ab omnibus debent, ut universi praescripto earum manifestius cognito, vel inhibita declinent, vel permissa sectentur. L. 9. cod. hoc tit.*

§. 46.

Quaerunt interpretes, utrum publicatio haec in qualibet provincia fieri debeat, an vero sufficiat, in principe urbe fieri. Plerique sentiunt, in unaquaque provincia publicandam esse legem, et merito; secus enim vix obtineri potest, ut ad subditorum certam notitiam perveniat; quod tamen requiritur, ut ejus sanctione adstringantur (1). Quinimo optimi legumlatores duorum, trium, vel amplius, si aequitas suadeat, mensium spatium concedere solent post promulgationem, antequam lex vires suas exerat (2).

(1) *His consequenter Edicto suo constituit D. Carolus Emmanuel I. Edict. 14. Novembris 1605. penes Borel pag. mihi 553., ut non tantum Edicta omnia opportunis locis publicentur, sed et praeconem ad id designatum jussit authenticum publicationis referre testimonium; et Ducissa Joanna Baptista sub poena decem aureorum vetuit, ne quis ante transactas horas 24. cujuscumque generis Edicta consuetis locis affixa avellere praesumat. Edict. 7. Januarii 1678. penes Borel pag. 834. De publicatione Edictorum V. R. C. lib. 2. tit. 17.*

(2) *Novell. 66. cap. 1.*

§. 47.

Quamquam vero vulgo tenent doctores, non requiri, ut in omnibus omnino locis lex publicetur; sed sufficere in urbibus, quae capita sunt provinciarum, locisque principalioribus promulgari, ad hoc ut oppida, et loca minora, quae ab illis dependent, legis vi adstringantur. Æquius tamen et utilius est, ut in singulis locis promulgatio fiat, quo facilius cognoscatur, ut alicubi fieri solet.

§. 48.

Legem definiens de subditorum approbatione non memini, quippequae ad legis vim necessaria non est: eum enim potestas omnis penes Principem sit in statu monarchico (1), manca, atque minus perfecta dicenda esset ipsius auctoritas, si subditos invitos cogere non posset ad legis observationem, nec consequenter publicae consulere utilitati, et saluti.

(1) *Quod Principi placuit, legis habet vigorem; utpote cum lege Regia, quae de imperio ejus lata est, populus ei, et in eum omne suum imperium, et potestatem conferat. L. 1. ff. de constitut. Princip.* (1. 4.)

§. 49.

Haec tamen non officiunt, quominus leges quaedam sint, quarum nulla est vis, quia usu receptae non fuerunt: non ea quidem ratione quod subditi invito Principe possint, a legis imperio se se subducere; sed, quia Princeps optimus subditorum pater, consentire merito creditur, ut lex, quae in ipso limine non observatur, viribus careat, quasi minus forte conveniens subditorum indoli, praesentibusque rerum adjunctis: sicut et interdum patitur, ut lex, quae aliquandiu firmitatem habuit, desuetudine, vel contrario usu abrogetur.

§. 50.

Ab approbatione populi parum distat interinatio, quae teste Sola (1), nihil aliud est, quam cognitio justitiae ipsius legis, et approbatio ejus, quod Princeps in vim legis, aut gratiae disposuit: solet nempe Princeps, antequam legem, quamvis cum consilio procerum scriptam, promulgari jubeat, supremis Magistratibus mandare, ut de ea cognoscant, an justa sit, et conveniens publicae utilitati (2). Ita jampridem constituerunt Imperatores Theodosius, et Valentinianus, qui Senatui rescribentes professi sunt, se non aliter

in posterum velle legem promulgare, nisi prius a patribus conscriptis ea fuisset consilio, et consensu probata: pro certo habentes, et ad imperii felicitatem, summique imperantis gloriam comparandam opportunum esse, quidquid tantorum virorum sapientia fuisset ordinatum (3).

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

(1) *In Prooem. Glos.* 2. *num.* 44., *et de interinatione Glos.* 1. *num.* 3.

(2) *Ita saepius aetate sua ab inclitis omni aevo Principibus nostris factum vidisse testatur idem Sola loco citato; et ita sanctum Reg. constit. lib.* 2. *tit.* 3. *cap.* 1. §. 15.

(3) *L. Humanum esse probamus* 8. *cod. hoc tit.*

§. 51.

Inde tamen inferri non potest, interinationem ad legis substantiam pertinere, quasi sine ea lex viribus sit caritura; prudens enim ut plurimum agendi ratio est reipublicae ducis, si sapientiorum inter subditos consilium in legibus ferendis exquirat; sed, cum tota legum vis ab ejus pendeat potestate, non dubium, quin possit hoc omisso praecipere, vel prohibere, quidquid e re imperii esse fuerit arbitratus.

§. 52.

Unicus est casus, quo Principis decretum viribus destituatur, si deficiat supremi Magistratus interinatio, quando scilicet de iis sacris jussionibus sermo est, quibus Princeps aliquid donat, vel concedit, quod juribus, et bonis patrimonalibus ipsius, seu demanialibus contineatur: cum enim saepe fiat, ut haec a Principe ementitis rationibus, et importunis precibus extorqueantur, merito constitutum est (1), ut omnes donationes, vel concessiones, quas a Principe fieri contingat, intra tres menses a die concessionis supremae rationalium curiae exhibeantur, ut Magistratus de justitia rescripti, et veritate cognoscat, itaut hujus interinationis, et approbationis defectu, quae prius praestanda non est, quam de veritate rescripti appareat, viribus destituatur; quamvis in concessione appositae sint clausulae amplissimae, laudatae sanctioni derogantes, vel ex certa scientia, de plenitudine potestatis, motu proprio, et aliae ejusdem generis: poena insuper statuta 100. aureorum praeter beneficii inutilitatem in eos, qui quavis ratione illo uti praesumpserint, approbatione hac minime obtenta (2).

(1) *Edict. D. Emmanuelis Philiberti* 1. *Maii* 1578. *apud Borel pag. mihi* 462.

(2) *Citat. Edict.* 1. *Maii* 1578. *in fin. V. R. C. lib.* 6. *tit.* 1. §. 3., *et tit.* 2. §. 11., *et seqq.*

§. 53.

Ab interinatione differunt verificatio, justificatio, et simplex registratio. Verificatio nihil aliud est, quam cognitio, sive inquisitio utrum preces veritate nitantur: justificatio eo tendit, ut cognoscatur, an Principis rescripto alterius jus laedatur: registratio demum tunc locum habet, cum supremus Magistratus judicat, interinationem, seu approbationem non praestari, tamen Princeps rescriptum interinari omnino jubet, adeoque Magistratus simplex est executor (1): registrationis autem hujus is est effectus, ut tamdiu rescripta vim habeant, quoadusque per concedentem tolerentur, vel per successores non revocentur: et merito, quia judices secundum leges, non secundum sacras jussiones sententiam ferre debent (2).

(1) *Distinctionem hanc interinationem inter, et registrationem a Senatu approbatam refert Sola dicta Glos.* 2. *de interin. num.* 23.

(2) *Nov.* 114. *cap.* 1., *l. ult. cod. Si contra jus, vel utilit. public., ubi sic: Omnes cujuscumque majoris, vel minoris administrationis universae nostrae reipublicae judices monemus: ut nullum rescriptum, nullam pragmaticam sanctionem . . . quae generali juri vel utilitati publicae adversa esse videatur in disceptationem cujuslibet litigii patiantur proferri: sed generales sacras constitutiones modis omnibus non dubitent observandas.* (1. 22.)

tione, loco, et tempore nimis ardua non sit ejus executio; alioquin, dum publicam lex promovere debet utilitatem, et securitatem, exitium potius pariet, et eversionem.

Iust. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

§. 62.

Quinta demum legis conditio est, ut sit perpetua, eo sensu, ne unquam desinat ejus vis, nisi aliud expostulet publica salus ob mutationem temporum, persoorarum, aliorumque adjunctorum. Hinc Romani leges proprie dictas aereis tabulis incidebant, atque in aerarium publicum conservandas deferebant (1): edicta vero praetorum, quia annalia erant, et cum annuo praetoris imperio finem habitura, in albo, vel in charta, vel alia simili materia describebant (2). Ratio in aperto est: leges ad publicam curandam utilitatem feruntur; qui reipublicae praeest, eo debet esse animo, ut constanter, et perpetuo rationes ad eum finem assequendum aptas servet. Constans ergo, et perpetua debet esse lex.

(1) *Qui tabulam aeream legis . . . immutaverit, lege Julia peculatus tenetur. L. 8. ff. ad L. Jul. pecul.* (48. 13.)

(2) *Si quis id, quod jurisdictionis perpetuae caussa . . . . in albo, vel in charta, vel in alia materia propositum erit, dolo malo corruperit. L. 7. ff. de jurisdic.* (2. 1.)

SECTIO II.

De legum divisione.

SUMMARIA.

Recensentur diversae legum species. §. 63.

Quid sit lex naturalis, quae praecipiat, vel prohibeat? Quid sit lex positiva? §. 64.

Quae ecclesiastica, quae civilis dicatur? §. 65.

Quae praecipiens sit, quae prohibens, quae permittens? §. 66.

Quae generalis, quaeve specialis? §. 67.

Quae poenalis, pure poenalis, vel poenalis mixta? §. 68.

In quo differat lex pure poenalis a lege poenali mixta. §. 69.

Ex legibus civilibus aliae unice firmant jus naturale, aliae ejus vim definiunt, aliae ad res indifferentes pertinent. §. 70.

Leges prioris, et posterioris generis necessitas postulavit, postremi utilitas societatis suasit. §. 71.

Exempla legis naturalis a jure civili firmata in tutoris officio, et commodatarii diligentia. §. 72.

Exemplum legis naturalis, cujus vim lex civilis definiit, habetur in ea, quae legitimam liberis relinquendam statuit. §. 73.

Aliud exemplum deprehenditur in legibus, quae solemnitates quasdam desiderant ad vim testamentorum, quibus de voluntate testatoris certo constet. §. 74.

Leges hae duas habent veluti partes. Prior confirmat jus naturale: posterior ejus vim determinat; exemplo legitimae demonstratur. §. 75.

Exempla legum civilium, quae ad res pertinent, quas jus naturale, nec praecipit, nec prohibet, sunt in solemnitatibus gravioribus contractuum, vel testamentorum: amissione ususfructus, fideicommissi relinquendi potestate. §. 76.

In Romana jurisprudentia singulares quaedam leges sunt, quarum fundamentum jactantia quaedam fuit. §. 77.

Exempla sunt in stipulationibus, cessione in jure, et similibus. §. 78.

Inst. l. 1. tit. 2. *Sunt et aliae leges a jureconsultis excogitatae, ut vulgus a jurisprudentiae studio, et scientia removeretur: sicuti in actionum formulis patet.* §. 79.

ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1 tit. 14. *Non idcirco tamen contemnenda est Romana jurisprudentia; quia naevi hi paucio- res sunt, et abunde compensantur.* §. 80.

§. 63.

Quamquam in hoc capite de civilibus legibus potissimum nobis agendum est, non abs re tamen erit diversa legum genera indicare; cum et earum cognitio lumen afferre possit diversis legum civilium speciebus. Prima, et generalis divisio legis est in naturalem, et positivam: positiva iterum tribuitur in divinam, et humanam: humana in ecclesiasticam, et civilem: tum lex sive naturalis, sive positiva tribui potest in praecipientem, prohibentem, et permittentem; positiva in generalem, et specialem: humana vero, sive ecclesiastica, sive civilis, in poenalem, et non poenalem: tum et in eam, quae jus naturale confirmat, vel ejus definit: vel tandem praecipit, vel prohibet res indifferentes; idest, quae jure naturali nec praecipiuntur, nec prohibentur, sed permissae sunt.

§. 64.

Lex naturalis apte definitur: *lex ab ipso Deo humano generi per rectam rationem promulgata* (§. 29.); atque haec tantum praecipit, quae per se, et necessario honesta, et facienda sunt, veluti amor Dei, parentum; eaque tantum prohibet, quae de se mala, et fugienda sunt, veluti odium Dei, sacrilegium, furtum. Lex vero positiva (1) nihil aliud est, quam lex libera Dei, vel hominum voluntate constituta. Exempla legis divinae positivae habes in sacramentis a Christo institutis (2): legum vero humanarum in iis, quae pertinent ad solemnitates testamentorum, contractuum, ad legem falcidiam, et innumeris aliis.

(1) *Positiva dicitur quasi posita, seu facta, ad differentiam legis naturalis, quae non facta, sed nata cum ipso homine est.*

(2) *Lex divina positiva adhuc dividi potest in veterem, et novam. Illa a Deo per Moysem Judaico populo data, et promulgata fuit: haec a Cristo ipso lata, et ab ipso, vel Apostolorum ministerio publicata. In lege vetere triplicis generis praecepta continebantur: moralia, caeremonialia, et judicialia. Moralia, ad mores dirigendos pertinentia, erant ipsa naturae praecepta clarius explicata. Caeremonialia ritus, seu caeremonias divini cultus praestituebant. Judicialia demum politicas regulas continebant, quibus Judaica gens in civili societate uteretur. In nova lege nullum amplius est praeceptum judiciale: supersunt tantum moralia plurima; et quaedam caeremonialia, veluti in sacramentorum administratione; quae tamen ex lege vetere vim suam non habent, sed ex nova.*

§. 65.

Ecclesiastica ea est, quae ab illis fertur, quibus Deus Ecclesiae imperium commisit, ut homines ad aeternam beatitudinem instruant: civilis vero a Principibus statuitur, quibus temporalis populi felicitas credita est.

§. 66.

Praecipiens lex ea dicitur, quae aliquid fieri jubet, veluti tributa solvi: prohibens actum vetat, veluti frumentum extra ditionis confines ferri. Permittens concedit, quod prius altera lege prohibebatur, vel saltem dubitari poterat, an fieri liceret: quae eatenus dici potest lex, et praeceptum, quatenus simul prohibet, ne quis alterum in hujus facultatis usu impediat (1): injuriae alioquin reus futurus, et proportionata poena coercendus.

(1) *Ut patet ex tit. ff., et cod. Si quis aliqu. testari prohibuerit.*

§. 67.

Generalis ad omnes omnino homines pertinet, si divina sit (1), vel ad omnes subditos,

si humana: specialis quoddam tantum personarum genus complectitur (§. 43). Divisio haec, ut per se patet, legi naturali nullatenus accommodari potest, quippequae cujuscumque generis homines suo imperio adstringit.

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 1.

(1) *Lex divina vetus pro solis Judaeis lata erat: quare caeteri ea non adstringebantur, et poterant aeternam beatitudinem consequi, quamvis eam non profiterentur. Nova vero lex ad omnes omnino homines pertinet: in hac tamen sunt quaedam praecepta, quae ad singulare genus personarum, veluti ad clericos, tantum spectant.*

§. 68.

Poenalis lex illa dicitur, quae praecipiens actum, vel vetans, simul poenam statuit; praecipiens, inquam, vel prohibens saltem implicite: lex autem haec distinguitur in pure poenalem, et poenalem mixtam. Pure poenalis est, cum simpliciter praescribit legislator, quae poena irroganda sit ei, qui aliquid fecerit, vel omiserit: veluti, qui frumentum extra provinciam asportaverit, aureum fisco solvat. Poenalis vero mixta praecipit, aut prohibet simul, et poenam statuit: veluti, nemo extra provinciam frumentum ferat: si tulerit, aureo multetur.

§. 69.

Hoc autem interest discrimen inter utramque, quod lex mere poenalis, si quae sit (quod infra expendemus), nec ad faciendum, nec ad omittendum obligat, sed tantum ad exsolvendam poenam, si vel factum, vel omissum sit: contra lex non mere poenalis, seu poenalis mixta verum praeceptum continet faciendi, vel omittendi, et insuper poenae exsolvendae debitum. Verbo dicam: lex mere poenalis subditorum arbitrio permittit, ut rem faciant, aut omittant; vel si malint, poenam solvant: non vero poenalis mixta, quae praeceptum, vel prohibitionem, et simul poenam complectitur.

§. 70.

Praeter allatas divisiones positivas leges adhuc tribui posse, diximus, in eas, quae naturalia praecepta confirmant, aut determinant; vel praecipiunt, aut prohibent res indifferentes, a jure naturali permissas. Sed haec paullo fusius sunt explicanda; quippe ex iis maxima ex parte pendet legum humanarum vis.

§. 71.

Cum ex protoparentum culpa excaecatus fuerit intellectus, proclivis in malum effecta hominis voluntas, necesse fuit, ut plurima juris naturalis praecepta explicarentur, tum et poenae in transgressores constituerentur, ut saltem metus poenae ad legis observantiam eos adduceret: tum et earum praecisa vis demonstraretur. Demum, ita suadente singulari cujusque societatis indole, quaedam statuere, opus fuit, quibus publica utilitas, et pax foveretur. Exemplis haec melius innotescent.

§. 72.

Jubet civilis lex, ut tutor pupilli, ejusque facultatum sedulam curam gerat (1): ut ille, qui rem commodato habet, eam maxima diligentia servet, nec aliter utatur, quam deceat solertem patremfamilias (2): civiles hae leges, ut per se patet, legi naturali nihil addunt, sed ejusdem sanctiones unice confirmant: adeoque perpetuae sunt, et universales; quippequae ex praecepto mutuae charitatis, quod mutationi obnoxium non est, et ad omnes homines pertinet, vim suam dimetiuntur.

(1) *L.* 1 *ff. de tut., et ration. distr.* (27. 3.)

(2) §. *Item is* 2. *instit. quib. mod. re contr. obligat.* (3. 15.)

§. 73.

Jubet naturae lex, ut pater bona sua filiis relinquat; aequitas enim ipsa demonstrat, fas esse, ut, qui vitam alteri dedit, eidem quoque tribuat, quae necessaria sunt ad vitam sustentandam. Ex adverso tamen eadem naturae lex permittere videtur, ut quisque de rebus suis libere disponat. Ad has leges, quae in speciem adversae sunt, conciliandas, civiles legislatores quantitatem praefinierunt, de qua pro arbitrio disponat paterfamilias;

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

et quam vel invitus relinquere cogatur. En legis civilis exemplum, quae naturalis vim praecise definit, seu determinat.

§. 74.

Suadet eadem naturalis aequitas, ut effectum sortiatur justa voluntas, qua testator bona sua heredes inter, et legatarios partitur. Sed eadem naturae vox vetat, ne in alterius detrimentum temere fides adhibeatur cuicumque declarationi, aut scripturae, in qua defuncti sententiam contineri asseratur. Ut ergo simul executioni demandentur suprema morientium elogia, et fraudibus occurratur, praestituta sunt in testamentis ordinandis quaedam solemnia, quibus deficientibus nulla, et irrita decreverunt legislatores.

§. 75.

In his autem legibus duae sunt veluti partes: prima jus naturale confirmat; altera ejus vim praecise definit; quae per se indefinita est. Sic, cum jus civile legitimam filiis a parte relinquendam decernit, primo firmat naturale jus, quo pater jubetur, liberis suis bona sua relinquere: postea quantitatem, de qua teneatur, statuit: et ita duo jura in speciem adversa ad consensum adducit.

§. 76.

Exempla civilium legum, quae ad res indifferentes pertinent, quia jus naturae eas nec praecipit, nec prohibet, sunt in illis, quae certum testium numerum in testamentis, vel contractibus requirunt, itaut, si unus desit testis, actus corruat (1): tum in illis, quae usumfructum capitis deminutione finiri statuunt: vel nonnisi quibusdam personis fideicommissi constituendi facultatem permittunt.

(1) *Suadet quidem naturae lex, ut non indistincte admittantur scripturae, vel declarationes ultimarum voluntatum: sed, si ad jus naturae rem exigas, duo, aut ad summum tres testes sufficient: juxta illud Christi apud Matthaeum cap.* 18. *vers.* 16. Ut in ore duorum, vel trium testium sit omne verbum.

§. 77.

Post haec, quae ad omnes fere populos pertinent, si ad Romanorum leges animum convertamus, aliud legum genus se se offert, quarum aliud fundamentum non invenies, praeterquam jactantiae speciem Romanorum propriam qui universi orbis imperium sibi deberi arbitrabantur: ex quo imperfectum existimabant, quidquid Romanam, ita dixerim, civitatem nova quadam forma ab ipsis excogitata non obtinuisset.

§. 78.

Exempla hujus generis legum deprehenduntur in stipulationibus, quae sine certo, et determinato verborum complexu peragi nulla ratione poterant: in famigerata cessione in jure, quae statutas habebat solemnitates, sine quibus dominium quidem bonitarium, ut Romani prudentes ajebant, non vero quiritarium, seu quod ex jure Quiritum firmitatem haberet, de uno in alium transferri, non poterat: quod vocabulum Justinianus appellare non dubitavit, ludibrium antiquae subtilitatis, vacuum, et superfluum verbum, quod nihil ab aenigmate discrepat; nec unquam videtur, nec in rebus apparet, quod juvenum animos a jurisprudentiae studio avertere aptum est (1).

(1) *Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes, nullam esse differentiam, patimur inter dominos, apud quos, vel nudum ex jure Quiritum nomen, vel tantum in bonis reperitur; quia nec hujusmodi volumus esse distinctionem, nec ex jure Quiritum nomen, quod nihil ab aenigmate discrepat, nec unquam videtur, nec in rebus apparet, sed vacuum est et superfluum verbum, per quod animi juvenum, qui ad primam legum veniunt audientiam, perterriti ex primis eorum cunabulis inutiles legis antiquae dispositiones accipiunt: sed fit plenissimus, et legitimus quisque dominus, sive servi, sive aliarum rerum ad se pertinentium. L. un. cod. de nud. jur. Quir. toll.* (7. 25.). *Huc refertur effatum illud Romanorum prudentum, quo ex nudo pacto actio non oritur; quod tanti fecit Ulpianus, ut ausus non fuerit,*

plura, quamvis veritatem satis aperte praeferentia, admittere: ne illud, vel indirecte, negare, aut infirmare videretur. V. l. 7. §. 4. lib. 2. tit. 14. ff. de pactis. Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

§. 79.

Aliud non absimilium legum genus Romana pandit jurisprudentia, quae a jureconsultis receptae sunt, ea praecipue ratione, ut ardua fieret legum scientia, et vulgus ab earum studio deterreretur: istarum exempla quamplurima dant actionum formulae, quae penes Collegium Pontificium asservabantur, in quibus vel levissimus error in caussa erat, ut quia a jure suo caderet. Quae quidem omnia aequiori posteriorum temporum sententia abrogata sunt.

§. 80.

Verum, quamvis haec, et alia ejusdem generis vitia Romanas leges investiganti se se offerant, non idcirco ab earum studio recedendum, ut quidam temere affirmant; haec enim natura est, et indoles rerum humanarum, ut nulla undequaque perfecta praesto sit. Quare, si hac ratione animum ab illarum studio averteremus, nullus omnino liber esset, quo ad certam utilitatem uti possemus, si sacros codices excipiamus; praeterquamquod hi, et similes naevi ex numero longe majori quamplurimarum legum, quibus sapienter naturae jus firmatur, et explanatur, abunde supplentur.

SECTIO III.

De legum vi, et efficacia.

SUMMARIUM.

Legis vis considerari potest: vel in se ipsa, aut comparate ad alias leges: vel ratione habita rerum, et personarum. §. 81.

§. 81.

Quadruplici ratione potest considerari lex: vel in se ipsa, vel comparate ad alias leges: vel relative ad res, quas praecipit, aut prohibet, vel etiam ad personas, quas vi sua adstringit. Duo ergo erunt hujus sectionis articuli. Primus expendet vim, et efficaciam legis tum in se, tum comparate ad alias leges. In altero investigabimus, quaenam res, et personae sanctione legis comprehendantur.

ARTICULUS I.

De vi, et efficacia legis in se spectatae, et comparate ad alias leges.

SUMMARIA.

Legis in se spectatae vis duplex adhuc considerari potest: vel absolute, vel relative ad aliam legem, cum duae invicem concurrunt. §. 82.

Leges obligant tum in foro externo, tum in interno; quia Principum auctoritas a Deo est. §. 83.

Leges poenales etiam obligant in foro interno, nisi aliud Princeps statuat. §. 84.

Quod contra legem fit, vel ejus sententiam, ipso jure nullum est tum in contractibus, tum in testamentis, licet desit decretum irritans. Idem de accessionibus jus est. §. 85.

Exceptio est, quum lex remedium dat ad actum rescindendum, veluti in Velleano, et Macedoniano Senatusconsultis §. 86.

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14

Quidam etiam excipiunt leges, quae rescissionem actus exigunt, ut in testamento inofficioso, actione Pauliana. §. 87.

Potest renunciari legi permittenti, et suadenti: praecipienti autem, vel prohibenti renunciari nequit, si publicum bonum respiciant: secus, si privatorum dumtaxat gratia latae sint. §. 88., *et* 89.

Excipiuntur personae infirmi consilii, quae sibi nocere nequeunt, quales sunt mulieres in dote, minores. §. 90.

Haec pertinent ad leges civiles. Naturalibus praecipientibus plerumque potest renunciari. §. 91.

Consentiunt omnes, prohibentibus non posse expresse renunciari: veluti ne dolus praestetur. §. 92.

Neque tacite renunciari potest legibus prohibentibus. §. 93.

Axioma illud: expressa nocent, non expressa non nocent, locum non habet in iis, quae a jure naturali pendent. §. 94.

An jusjurandum adjectum actui a lege prohibito eumdem firmet, alii generaliter asserunt, negant alii. §. 95.

Si actus favore boni publici a lege prohibeatur, jurejurando firmari non potest: secus, si favore privatae utilitatis. §. 96.

Imperatores Alexander, et Fridericus de actu valido agunt, quem praestito jurejurando rescindi vetant per beneficium restitutionis in integrum. §. 97.

Theodosius, et Valentinianus, cum generaliter jurejurando actus confirmari negant a lege prohibitos, de iis actibus intelligendi sunt, qui publicam caussam admixtam habeant. §. 98.

Regio jure prohibetur jusjurandum in quolibet contractu sub poena nullitatis. §. 99.

Quidam putant, valere actum, cum lex poenam infligit; ne duplex pro uno actu poena sit. §. 100.

Alii rectius negant; ne poena violationi legis viam paret. §. 101.

Non repugnat, duplici poenae quem subjici pro uno delicto. Nec nullitas actus proprie poena est. §. 102.

Equidem non omnia, quae leges prohibent, nulla sunt; sed requiritur, ut certo constet de legislatoris voluntate. §. 103.

De vi legum in concursu. Primus locus est naturali. §. 104.

Jus civile addit naturali, quatenus adjicit quasdam obligationes, quae a jure naturali non imponuntur quidem, sed non prohibentur: puta in solemnitatibus contractuum, vel testamentorum. §. 105.

Detrahit, non legi praecipienti, aut prohibenti, sed permittenti, quaedam prohibens, quae jus naturale permittit. §. 106.

Divina humanae praefertur §. 107.

Ecclesiastica, et civilis potiores sunt in rebus ad alterutrius legislatoris potestatem spectantibus. §. 108.

Posterior civilis lex praevalet priori. §. 109.

Quamvis leges omnes naturales sint immutabiles, quaedam tamen sunt, quae admittunt exceptiones, quas aliae respuunt. §. 110.

Exemplum legis quae exceptionem non admittit in ea, quae mutuam fidem in conjugio requirit. §. 111.

Exempla legum naturalium, quae exceptiones admittunt in contractibus, promissionibus, deposito, usucapione. §. 112.

Exceptiones legum naturalium aliae a natura ipsa dimanant, aliae proxime a legibus civilibus. §. 113.

§. 82.

Legis in se spectatae vis, prout a rebus, et personis abstrahit, duplex considerari Inst. l. 1. tit. 2.
potest: vel absolute, vel relative ad aliam legem, cum qua concurrat, et quae contraria ff. l. 1. tit. 3.
videatur. Primum ergo inquiremus, quae vis sit legis absoluta: deinde explicabimus, Cod l. 1. tit. 14.
quaenam inter diversas legum species praevalere debeant, si una concurrant, et altera alteri contraria sit, vel videatur.

§. 83.

Omnes fatentur, leges obligare in foro, ut scholae loquuntur, externo, itaut jure merito poenis coerceatur qui eas violat; utpote quia diligens legum observantia tutissima sit publicae, privataeque salutis, atque utilitatis custodia; nec aliter diu incolume ullum esse possit imperium. Sed aeque certum est, etiam in interno foro leges vim suam exercere, itaut criminis coram Deo reus sit, qui illas servare detrectat; cum enim Principes tam Ecclesiae, quam reipublicae potestatem suam a Deo habeant (1), qui omnis potestatis fons est (2), eorum sanctionibus idem fere robur tribuendum est, ac legi divinae; et propterea conscientiam subditorum adstringunt (3).

(1) *Sic nos existimet homo, ut ministros Christi. Epist.* 1. *ad Corint. cap.* 4. *vers.* 1. *Dei enim (ita loquitur de Principe S. Paulus) minister est: epist. ad Romanos cap.* 13. *vers.* 4.

(2) *Non est enim potestas, nisi a Deo: Itaque, qui resistit potestati, Dei ordinationi resistit: qui autem resistunt, ipsi sibi damnationem acquirunt. D. cap.* 13. *vers.* 1. *et.* 2.

(3) *Ideo necessitate subditi estote non solum propter iram, sed etiam propter conscientiam. Ibid. vers.* 5.

§. 84.

Generalis sententia haec ab omnibus probatur, sed non aeque consentiunt interpretes, et doctores, an eadem vis tribuenda sit legibus mere poenalibus. Plures sentiunt, non posse, ne hujus quidem generis leges sine crimine violari; alii putant sufficere, si poena legibus praestituta solvatur, quin culpae reus sit, qui illas transgreditur. Veritati magis consonam puto priorem sententiam; tum quia generatim docet Apostolus, subditos Principis jussa facere debere non solum propter iram, sed et propter conscientiam (1); tum quia, cum poena eo fine plerumque legi adjiciatur, ut facilius obtineri possit ejusdem observatio, facile praesumendum non est, legislatoris mentem eam esse, ut ab ejus vi immunis sit quicumque praestitutam poenam solvere non detrectet.

(1) *D. cap.* 13. *ep. ad Rom. vers.* 5.

§. 85.

Tanta est legis vis, ut quidquid contra ejus praescriptum agitur ipso jure sit nullum, sive legis verba offendantur, sive ejus sententia: unde fit, ut nullum parere possint effectum cujuscumque generis actus, sive inter vivos, sive de ultimis voluntatibus sermo sit, lege prohibente facti, quamvis decretum irritans Princeps legi non adjecerit, quod semper intelligendum esse constituerunt Imperatores Theodosius, et Valentinianus (1). Imo et consequenter irritum est, quod iis accedit, veluti si contractui lege reprobato pignus adjungatur, vel fidejussio (2): vel etiam jusjurandum, quod viam praebere non potest ad publicas leges infringendas; corruente enim principali, corruere pariter debet, quod ab illo dependet (3).

(1) *Non dubium est, in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem .... Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente..., ut legislatori, quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat: caeteraque, quasi expressa, ex legis liceat voluntate colligere: hoc est, ut ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur; licet legislator fieri prohibuerit tantum; nec specialiter dixerit, inutile esse debere, quod factum est. L.* 5. *cod. hoc tit.*

Ist. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

(2) *Sed et si quid fuerit subsecutum ex eo, vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum, atque inutile esse, praecipimus. D. l. 5. in fine princ.*

(3) *Cum principalis caussa non consistit, nec ea quidem, quae sequuntur, locum habent. L. Nihil dolo* 129. §. 1. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 86.

Quod mox diximus exceptionem habet in illis casibus, quibus lex ipsa remedium suppeditat, quo actus contra legem gestus rescindatur; nam legislator remedium offerens tacite innuit, valere actum: inutile enim esset remedium, quo nullus fiat actus, qui ipso jure irritus sit. Quare, quamvis senatusconsultum Vellejanum mulieribus prohibeat, ne pro aliis fidejubeant (1); nulla tamen fidejussio non est, quia lex mulieri tribuit exceptionem, qua se contra petentem tueatur. Idem dicendum de obligatione filiifamilias contra senatusconsultum Macedonianum mutuam pecuniam accipientis (2).

(1) *L.* 1. *ff. ad S. C. Vellej.* (16. 1.)

(2) *L. Qui exceptionem* 40. *ff. de condict. indeb.* (12. 6.)

§. 87.

Sunt, qui etiam excipiunt leges illas, quae nominatim rescissionem actus expostulant, quamvis eum fieri prohibuerint: ex quarum numero sunt, quae pertinent ad inofficiosi testamenti querelam, ad rescindendam alienationem eorum, quae metu gesta sunt, vel in fraudem creditorum alienata: haec enim, quamvis legibus prohibeantur, firma tamen manent, donec judicis decreto irrita sint declarata.

§. 88.

Sed anne saltem renunciari potest legi mutuo consensu, itaut actus ea prohibente factus subsistat ex contrahentium placito? Permittentibus, et suadentibus renunciari posse, nemini dubium est. Quod vero ad praecipientes, vel prohibentes spectat, distinguere oportet, an lex ad publicam utilitatem lata sit, vel saltem admixtum habeat publici boni favorem, an privatorum tantum gratia fuerit constituta. In prima specie legi renunciari nequit (1); jus enim publicum privatorum pactis immutari non potest (2).

(1) *Si paciscar, ne operis novi nuncationem exsequar, quidam putant, non valere pactionem, quasi in ea re praetoris imperium versetur: Labeo autem distinguit, ut si ex re familiari operis novi nunciatio facta sit, liceat pacisci: si de re publica, non liceat; quae distinctio vera est. L. Juris gentium conventiones* 7. §. 14. *ff. de pactis.* (2. 14.)

(2) *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest. L.* 38. *ff. de pact., l. Neratius quaerit* 20. *ff. de relig., et sumpt. fun.* (11. 7.), *l. Quod bonus* 15. §. 1. *ff. ad l. Falcid.* (35. 2.)

§. 89.

Si vero de legibus privatorum dumtaxat gratia latis quaestio sit, cum nemo prohibeatur, juri pro se lato renunciare (1), valebunt, quae contra legem gesta sunt, si consentiant illi, de quorum re agitur. Quare, licet senatusconsulto Macedoniano prohibeatur filiusfamilias, sine patris consensu mutuam pecuniam accipere, si tamen acceperit; deinde vero pater ratum habuerit, mutuum valere negotium, Justinianus constituit, perinde ac si pater ab initio consensisset (2); jure quidem, quia prohibitio senatusconsulti favorem patris praecipue respicit, ne forte filius aere alieno praegravatus parentis vitae insidietur.

(1) *Omnes licentiam habere his, quae pro se introducta sunt, renunciare. L. Si quis in conscribendo* 29. *cod. de pactis.* (2. 3.)

(2) *L. ult. cod. ad senatusc. Macedon.* (4. 28.) *Similia exempla suppeditant l. Etsi contra* 6. *cod. de nuptiis* (5. 4.), *l. unic.* §. *Provincias vero* 2. *cod. de contrac. jud.* (1. 53.)

§. 90.

Ab hac tamen regula est recedendum, quoties de iis personis agitur, quibus infirmum

est consilium; ideoque per leges vetitum, ne consensu suo sibi nocere possint, quales sunt mulieres in eo, quod ad dotem pertinet, pupilli, minores, prodigi (1).

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

(1) *Princ. inst. quib. alien. lic., princ. inst. de auctor. tutor., l. Is, cui bonis* 6. *ff. de verb. obl.* (45. 1.)

§. 91.

Haec quidem, quae nunc tradidimus (§. 81., et seqq.) vera sunt, cum de legibus civilibus agitur; sed gravior est quaestio, cum lex, de cujus renunciatione controvertitur, ad jus naturale pertinet. Atque in primis distinguendae hic sunt leges praecipientes a prohibentibus. Quoad leges praecipientes, satis constat, libere iisdem posse renunciari: sic potest quis. alterum solvere ab obligatione praestitae semel fidei adimplendae; quia obligatio haec singularem ipsius utilitatem respicit, quam sponte abjicere potest.

§. 92.

Consentiunt etiam omnes, legibus prohibentibus expresse renunciari non posse: veluti ne dolus praestetur; quia pactio haec sit contra bonos mores, utpote ad delinquendum alliciens (1). Sed non aeque convenit, an tacite saltem iis possit renunciari. Plures affirmant, moti auctoritate Pauli, asserentis, posse conveniri, ne depositi agatur, et prodesse hanc pactionem; quamvis tacite alteram contineat, ne dolus praestetur (2).

(1) *Illud nulla pactione effici potest, ne dolus praestetur. L. Si unus* 27. §. 3. *ff. de pactis* (2. 14.), *l. In commodato* 17. *ff. commodat.* (13. 6.)

(2) *Quamvis, si quis paciscatur, ne depositi agat, vi ipsa id pactus videatur, ne de dolo agat: quod pactum proderit. D. l.* 27. §. 3. *ff de pact.*

§. 93.

Haec, si solas legum civilium sanctiones respiciamus, explorata quidem sunt: sed si penitius naturae jus perpendamus, illi minus consentanea dignoscentur; naturalis enim aequitas pati non videtur, ut ab involucro verborum humanarum actionum honestas pendeat. Quare ad summum prodesse posset hujusmodi pactum, ne ex culpa conveniretur depositarius; non autem, si ejus dolus demonstraretur.

§. 94.

Neque aliud probat vulgatum juris axioma, quo traditur: expressa nocere, non expressa non nocere (1); haec enim regula obtinere vim potest in humanis judiciis, vel in liberis hominum legibus; non autem in iis, quae a jure naturali pendent, cujus obligatio ex diversitate verborum non immutatur.

(1) *Expressa nocent, non expressa non nocent. L.* 195. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 95.

Sed acriter disputatur, an actus lege interdicente factus nullus dici debeat, etiam in eo casu, quo jurejurando firmatus sit. Validus aliquibus videtur, rescripto Imperatoris Alexandri innixis, ex quo minor, qui jurejurando promisit, controversiam se non illaturum emptori, non potes amplius, petere restitutionem in integrum (1): et constitutioni Friderici, qua minorum sacramenta de rerum suarum alienatione dicuntur integre servanda (2). Alii contra actum lege prohibente gestum indistincte nullum pronunciant, quamvis jurejurando firmatus fuerit; quia jusjurandum accessio sit actus, adeoque illius naturam sequi debeat, ut innuere videntur Theodosius, et Valentinianus (3).

(1) *Si minor vigintiquinque annis emptori praedii cavisti, nullam de caetero te esse controversiam facturum, idque etiam jurejurando corporaliter praestito servare confirmasti, neque perfidiae, neque perjurii me auctorem tibi futurum sperare debuisti. L.* 1. *cod si advers. vendit.* (2. 28.)

(2) *Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non rectractandis inviolabiliter custodiantur. Auth. Sacramenta puberum cod. eod. tit.*

(3) *Secundum itaque praedictam regulam . . . certum est, nec stipulationem hujusmodi tenere, nec mandatum ullius esse momenti, nec sacramentum admitti. D. l. Non dubium* 5. §. 1. *cod. hoc tit.*

Ist. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

§. 96.

Rectius distinguunt alii, utrum favore boni publici vetitus actus sit, an favore privati: ut in prima specie jurejurando non firmetur actus; quia jusjurandum iniquitatis vinculum esse nequeat, nec consequenter legum pro publica utilitate latarum violationi viam parare (§. 88.): in altera vero per jurisjurandi adjectionem validus fiat actus; quia jusjurandum tacitam continere videatur renunciationem legis beneficio (§. 89.) Atque hujusce distinctionis ope legum fragmenta, quae invicem videntur contraria (1), ad consensum adducunt.

(1) *Scilicet d. l.* 5. §. 1. *cod. hoc tit., et d. l.* 1. *cod. si advers. vendit., et d. Auth. Sacramenta puberum.*

§. 97.

Nec vim faciant laudata Imperatorum Alexandri, et Friderici rescripta (§. 95.), dummodo animadvertatur, in illis non agi de contractibus invalidis, aut lege prohibitis, sed utique de actibus, quos lex permittit, quamvis irritari aliquando possint, si ita suadeat aequitas, quia minor ab altero contrahente circumventus sit, vel nimia aetatis facilitate deceptus (1). Quare Imperatores minorum contractus jurejurando validos fieri, nec tradiderunt, nec tradere potuerunt; utpote quia etiam sine eo viribus subsistant, sed ob honorem divini nominis denegandum in hoc casu beneficium restitutionis voluerunt.

(1) *Non omnia, quae minores annis XXV. gerunt, irrita sunt; sed ea tantum, quae, caussa cognita, ejusmodi deprehensa sunt, ut si ab aliis circumventi, vel sua facilitate decepti. L.* 44. *ff. de minor.* (4. 4.)

§. 98.

Eadem facilitate solvitur argumentum, quod ex Theodosii, et Valentiniani constitutione depromunt (1), qui actum lege prohibitum jurejurando nunquam firmari defendunt; quamvis enim generaliter loquantur Imperatores, satis tamen ostendunt, se de iis legibus agere, quae publicam caussam habent: non de iis, quae privatae utilitati prospiciunt; cum non tantum jusjurandum, sed et fidejussionem, et mandatum, et stipulationem viribus carere declarent; certissimum tamen est, ex libero contrahentium consensu posse mandatum, fidejussionem, et stipulationem subsistere, quae legibus privatorum gratia latis adversentur (§. 89.).

(1) *In d. l, Non dubium* 5. §. 1. *Cod. hoc tit.*

§. 99.

Verum ad tollendas quaestiones, atque abusus, quae in hanc rem facile irrepere possent, Regiis sanctionibus praestitutum, ne in quolibet contractu jusjurandum adjiciatur, secus futurum, ut nullius roboris sit (1); neque enim temere Deus in testem adhibendus est, ne suprema ejus majestas, et sanctitas violetur (2).

(1) *Reg. Const. lib.* 5. *tit.* 11. §. 14.

(2) *Non assumes nomen Domini Dei tui in vanum; nec enim habebit insontem Dominus eum, qui assumpserit nomen Domini Dei sui frustra. Exodi cap.* 20. *vers.* 7.

§. 100.

Altera est quaestio, in qua definienda etiam dividuntur in contrarias sententias juris civilis interpretes, an scilicet nullus sit actus lege prohibitus, quando lex transgressori poenam infligit. Quidam putant (1) validum; quia ipsis aequum non videtur, ut duplex pro uno actu poena sit: multa nempe, et actus nullitas: atque sententiam suam a Papiniano confirmari existimant, cum tradit, sanctionem legum, quibus novissime certa poena irrogatur, ad eas species non pertinere, quibus jam specialis poena praestituta est, ne idem delictum duplici poena coerceatur (2).

(1) *Inter quos Voet in pandectas hoc tit. num.* 16.

(2) *Sanctio legum, quae novissime certam poenam irrogat iis, qui praeceptis legis non obtemperaverint, ad eas species pertinere non videtur: quibus ipsa lege poena specialiter addita est ...., nec sane verisimile est, delictum unum eadem lege variis aestimationibus coerceri. L.* 41. *ff. de poenis.* (48. 19.)

§. 101.

Alii rectius existimant, actum in hoc etiam casu nullum esse; quia legislator poenam potius adjungit, ut legis observationem tutius obtineat, quam ut violationi viam paret, modo constituta persolvatur compensatio. Addi potest, regulae generali, qua actus lege reprobatus nullus est, temere non esse accommodandam exceptionem, nisi de legislatoris mente aperte constet, quae sane erui non potest ex sola poenae sanctione, nisi et alia assistant argumenta (1).

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

(1) *Exempla legum mere poenalium apud Romanos quaedam refert Ulpianus in fragmentis tit. 1. princip., et §§. seqq. Sic olim lex Furia legari ultra mille asses vetabat; sed, legato firmo manente, capientem in quadruplum condemnabat. Sic lex Cincia certum donationibus modum, et finem praestituerat, donationem tamen immoderatam non rescindebat, poenam tantum indicens. Sed similium legum vix est, ut hodie supersint vestigia: easque imperfectas merito appellat laudatus jureconsultus. Nec exempla apud nos ulla sunt: quin et apud Romanos jamdiu obsoleverant.*

§. 102.

Quod pertinet ad argumentum, quo opinionem suam firmant, qui contra sentiunt, duplici coercitioni neminem subjiciendum pro unico delicto, responderi potest: 1. Plurima delictorum exempla praesto esse, quae multipliciter puniuntur (1). Imo generaliter constitutum, ut una actio poenalis alteram non consumat, si de eadem re concurrant (2). Praeterea non inepte dicitur, nullitatem actus poenam non esse; cum nullum afferat damnum, sed tantum rem eo adducat, quo ante gestum contractum erat; atque sibi imputare debent contrahentes, quod inutiliter gesserint (3). Hinc patet, sententiae huic non adversari Papinianum (4); ipse enim de duplici poena proprie dicta loquens benigniorem sententiam amplectitur, quod in dubio faciendum esse nemo inficiatur (5).

(1) *Sic rapinae reus praeter quadruplum, quod restituere cogitur, Princip. instit. de vi bon. rapt. punitur etiam legibus Juliis de vi publica, et privata. L. Praetor ait 2. §. 1. ff. eod. tit.* (47. 8.) *Fur quoque civiliter in duplum, vel in quadruplum actione furti convenitur. §. Poena manifesti 5. institut. de obligat., quae ex delic., atque extra ordinem corporali poena etiam coercetur, l. ult. ff. de furtis.* (47. 2.)

(2) *Nunquam actiones, praesertim poenales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumit. L. Nunquam* 130. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(3) *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire. L. Quod quis* 203. *ff. de reg. jur.*

(4) *In d. l. Sanctio legum* 41. *ff. de poenis.*

(5) *Semper in dubiis benigniora preferenda sunt. L. Semper* 56. *ff. de reg. jur.*

§. 103.

Neque majorem vim habet argumentum, quod eruere contendunt ex militis procuratoris constituti exemplo, qui, etsi prohibeatur hoc munus suscipere (1), si tamen illud suscipiat, et lis fuerit contestata, subire officium cogitur (2): unde argumentantur, cum multa valeant, quamvis fieri prohibeantur, utilem esse debere actum contra legem poenam indicentem. Sponte fatemur, non omnia inutilia esse, quae lege prohibentur, sed contendimus, tunc tantum hoc obtinere, cum de mente legislatoris constat indubiis argumentis.

(1) *L. Militem* 7. *cod. de procurat.* (2. 13.)

(2) *L. Filiusfamilias* 8. *§. Veterani* 2. *ff. eod. tit.* (3. 3.)

§. 104.

Inquirendum superest, utra praevalere debeat lex, cum plures invicem oppositae simul concurrunt. Primum locum dandum esse legi naturali, omnes fatentur; cum enim haec in ipsa hominis natura fundata sit, nec praecipiat, vel prohibeat, nisi ea, quae necessario honesta, et facienda sunt, vel necessario vitanda, praeferenda caeteris legibus est, quae efficacitatem suam habent ex libera imperantis voluntate.

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

§. 105.

Sed cum his, inquies, quomodo conciliari potest, quod tradit Ulpianus, jus civile addere, vel detrahere juri naturae (1)? Si jus civile addit, vel detrahit naturali, ergo supra jus naturale est, quod potest emendare. Verum nullo negotio solvitur haec difficultas, si animadvertatur, jus naturae non prohibere, quominus civiles legislatores, quorum auctoritas naturali legi maxime consentanea est, quasdam subditis superaddant obligationes, quas constitui suadet publica utilitas. Sic civilis lex ad testamenti vim certas requirit solemnitates, quae jure naturae non praecipiuntur, nec tamen illud immutat, vel emendat; non enim alia ratione eas praestituit, nisi quia ita postulat publicum bonum, ut fraudibus obviam eatur. quae facile in hac re admitti possent; quod jus ipsum naturae suadet: eas autem idcirco non praescribit, sed civilibus legislatoribus praestituendas relinquit; quia non eaedem ubique gentium esse debent, sed variae pro varietate temporum, nationum, aliorumque adjunctorum.

(1) *Jus civile est, quod neque in totum a naturali, vel gentium recedit, nec per omnia ei servit. Itaque, cum aliquid addimus, vel detrahimus juri communi, jus proprium, idest civile, efficimus. L. 6. ff. de justitia, et jur.* (1. 1.)

§. 106.

Quum vero ait jureconsultus, civile jus naturali detrahere, de jure naturali permittente intelligendus est, non de praecipiente, vel prohibente, cui detrahere non posset, nisi ab illius imperio solveret, vel fieri concederet, quae ab illo vetantur: ideoque non detraheret, sed derogaret, quod absonum est. Detrahit ergo prohibendo, quod jus naturae permittit, adeoque naturalem libertatem restringit, veluti piscandi, venandive facultatem auferendo, quod naturae juri non refragatur; quemadmodum enim legi permittenti renunciari mutuo consensu potest (§. 88.), ita non repugnat, Principem justa de caussa libertatem a natura tributam intra angustiores limites coarctare.

§. 107.

Si una concurrant divina, et humana lex, haec illi primas concedere debet; inferioria enim praeceptum superioris sanctioni subjectum esse oportet.

§. 108.

Cum lex ecclesiastica aliud jubet, quam civilis, distinguendum est, ratione habita rerum, de quibus agitur, an ad Ecclesiae potestatem pertineant, an Principis, itaut in prima specie praeferatur Ecclesiae lex, in altera Principis sanctio; cum enim distincti sint utriusque potestatis fines, cuique parendum est in eo, quod ad proprium munus pertinet. Nec aliud velle existimandi sunt Ecclesiae, vel reipublicae legislatores, cum leges ferunt de iis rebus, quae ad alterius jurisdictionem spectant, quam ut auctoritate sua confirment ejusdem jussa, atque iis robur addant.

§. 109.

Vix monendum, in conflictu duarum legum civilium, quarum altera prior, altera posterior sit, hanc prae alia esse servandam, modo tamen utraque, vel saltem posterior generalis sit, ut infra fusius explicabimus. Legum civilium dixi, quarum virtus, cum a Principis voluntate pendeat, mutatis rerum adjunctis tolli potest: leges autem naturales, cum ea tantum jubeant, quae per se, et necessario honesta sunt, vel prohibeant, quae intrinsecam malitiam habent (§. 104.), perpetuae esse debent, et immutabiles.

§. 110.

Sed quamquam naturae lege de se perpetuae, et immutabiles sunt, quoddam tamen inter eas discrimen est in eo positum, quod aliae omnem omnino respuunt interpretationem, qua earum virtus restringatur, seu, ut verbis scholae utar, exceptionem: aliae autem eam admittunt. Ex quo tamen inferri non potest, haec mutationi obnoxia esse; sed tantum, quia generales omnino, et amplae sunt earum sanctiones, quosdam esse singulares casus, qui iisdem non reguntur, sed aliis principiis specialioribus; quae idcirco exceptiones alterius legis amplioris nominari consueverunt.

§. 111.

Ut veritas haec magis magisque elucescat, quasdam utriusque generis leges perpendamus. Jubet naturae lex, ut procul a conjugiis exulet quaelibet perfidia, quaevis iniquitas. Lex haec exceptionem non patitur, ne in eo quidem casu, quo alter ex conjugibus erga alterum fidem violet; hominis enim officia non ab hominum agendi ratione sunt dimetienda, sed a naturali honestate, et aequitate.

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 1.

§. 112.

Sed quamvis eadem naturae vox sit, praestitam in negotiis fidem esse servandam, rem suam domino invito non esse auferendam; nec prohiberi, quominus in contractibus conditiones quaecumque pro arbitrio adjiciantur: plures tamen sunt casus, in quibus leges istae vim suam non exerunt. Quare non est data in contractibus fides servanda ab altero, si alter ab ea deficiat, vel sponte juri suo renunciet: nec fas est, pacta a morum honestate, vel a legum institutis aliena conventionibus inserere: sicut nec ensis furioso, vel bona deportato sunt restituenda: et rei dominus in desidiae suae poenam legum auctoritate re sua privatur, cujus dominium alteri per usucapionem acquiritur, ita publico bono postulante, ne rerum dominia nimis diu in incerto haereant, et ut litibus, reipublicae summopere exitiosis, aditus praecludatur.

§. 113.

Hinc constat, duplex esse genus exceptionum, quibus indefinita legum naturalium virtus minuitur, seu arctioribus limitibus coarctatur. Aliae naturales sunt quas natura ipsa docet: aliae vero a legumlatorum potestate dependent. Naturae ipsius lex pactiones contra bonos mores in contractibus prohibet; ut et redditionem ensis furioso, qui eo usurus merito timetur in alterius perniciem: contra si legis civilis interdictum tollas, nihil obstabit, quominus deportato bona restituas: sicut et sublata legis auctoritate nihil proderit usucapio ad res augendas cum alterius jactura.

ARTICULUS II.

De legum vi quoad res, et personas.

SUMMARIA.

Leges tantum complectuntur res futuras, non praeteritas, aut praesentes. §. 114.

Nisi aliud statuerit legislator ob praeteritorum casuum iniquitatem: aut nova lex priorem explicet. §. 115.

Idem est, si nova lex veteris accessiones respiciat. Exemplum est in usurarum modo. §. 116.

Omnes omnino subditi lege tenentur, nisi specialiter exempti sint: modo commorentur in ditione, vel in fraudem legis non absint. §. 117.

De his alibi agendum, et quare? §. 118.

Legislator in statu aristocratico, vel democratico omnibus legibus subjicitur. §. 119.

In statu monarchico legislator adstringitur legibus naturalibus, divinis, juris gentium, et fundamentalibus regni. §. 120.

Non tenetur positivis, quarum materia ad ipsum non pertinet: quoad alias non tenetur vi coactiva. §. 121.

Tenetur tamen quoad vim directivam. Sententiae Imperatorum, quibus leges se servaturos constituunt. §. 122.

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

Insignibus legislator gaudet privilegiis, quibus a subditis distinguitur, veluti in donationibus, legatis, hypotheca. §: 123.

Transitio ad legum abrogationem. §. 124.

§. 114.

Legum vi generatim cognita inquirendum superest, ad quas personas, quasve res ejus virtus porrigatur. Regula generalis est jure firmata (1), et aequitate suffulta, leges dumtaxat complecti futuras res, non vero praeteritas, aut praesentes; cum enim lex non obliget, nisi cognoscatur (§. 45.), ad eas res extendi non potest, quas promulgatio sequitur (2): praeterquamquod maxima oriretur in republica omnium perturbatio, si negotia secundum antiquas leges gesta per novas everterentur.

(1) *Leges, et constitutiones futuris certum est, formam dare negotiis, non ad facta praeterita revocari: nisi nominatim et de praeterito tempore, et adhuc pendentibus negotiis cautum sit. L.* 7. *cod. hoc tit.*

(2) *L. Leges sacratissimae* 9. *cod. hoc tit.*

§. 115.

Duplex tamen casus est, quo lex praeterita dirigit. Primus est, cum ita singularibus motus rationibus statuit legislator (1): quod maxime tunc fit, cum praeteriti casus maximam continent iniquitatem (2). Alter casus est, cum nova lex priorem interpretatur, atque declarat; cum enim posterior in vim prioris tunc obliget, aequum est, et ad praeterita ipsam extendi (3).

(1) *D. l.* 7. *cod. hoc tit.*

(2) *Hac motus ratione Constantinus Imperator pactum commissorium in pignoribus etiam pro tempore praeterito reprobavit, atque irritavit. L. ult. cod. de pact. pign.* (8. 35.) *Sic etiam Dux Carolus Emmanuel I. Edicto* 26. *Februarii* 1627. *census omnes a Communitatibus venditos ad* 6. *pro* 100. *restrinxit: apud Borel pag. mihi* 1149. *V. Sen. Declar.* 24. *Apr.* 1767.

(3) *Nov.* 19. *in praefat.*

§. 116.

His addi potest ea species, qua nova lex, non ipsum actum, sed legis accessiones respiciat. Finge legem novam usurarum modo antiquis legibus permissum moderari: ejus vis ad illos etiam contractus porrigeretur, quibus vetere lege vigente majores usurae conventae sunt, quam per legem posteriorem liceat (1); quamvis enim contractus perfectus fuerit ante novam legem, quoad obligationem, quotidie novus esse videtur quoad solutionem; ideoque novae legi subjicitur.

(1) *De usuris, quarum modum jam statuimus, pravam quorundam interpretationem penitus removentes, jubemus, etiam eos, qui ante eandem sanctionem ampliores, quam statutae sunt, usuras stipulati sunt. ad modum eadem sanctione taxatum ex tempore lationis ejus suas moderari actiones. L.* 27. *cod. de usur.* (4. 32.), *d. Ed.* 26. *Febr.* 1627., *d. Decl.* 7. *Apr.* 1767.

§. 117.

Quod ad personas pertinet, certum est, omnes sanctione legis obstringi, qui legislatori subditi sunt, quocumque munere polleant, quacumque fulgeant dignitate (1): modo lex generalis sit, nisi privilegio aliquo, vel alio jure eximantur. Hoc autem extra omne dubium est, si in legislatoris ditione commorentur: si vero extra territorium sint, regula generalis est, ne subditos quidem legibus teneri (2); legislatoris enim potestas, sicuti vulgo traditur, personas ipsas quidem afficit, sed ratione loci. Si ergo subditi locum mutent, domicilii legibus subjici desinent, et incipient teneri legibus loci, in quo sunt (3): nisi forte quis in fraudem legis alio se conferat, ut ab ejus imperio se subducat; vel lex prohibitoria sit, et in personam concepta.

(1) *L. Omnes legibus* 10. *cod. hoc tit.*

(2) *Extra territorium jus dicenti impune non paretur. L. ult. ff. de jurisdictione* (2. 1.)

(3) *V. infra* §. 152.

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

§. 118.

Sed de his opportunius dicemus, ubi expendetur, quae sit vis edictorum, et statutorum; cum enim hic de legibus generatim agamus, quarum nomine eae veniunt, quae continentur in jure Romano, quod veluti commune omnium gentium jus consideratur: frustra quaeri videtur, an obligent extra territorium leges, quae ubique vigere supponuntur. Quod si alicubi leges Romanae non observentur, tunc de illarum vi in iis locis eadem dicenda erunt, quae de constitutionibus alterius imperii, sive de edictis, aut statutis dicemus; maxime quia ex libera Principis cujusque voluntate leges Romanae vim obligandi habent in unaquaque ditione (1).

(1) *Quamvis leges Romanae ex libera cujusque imperantis voluntate observentur, adeoque tamquam propriae ipsius leges sint; quemadmodum responsa jureconsultorum leges Imperatoris Iustiniani appellari possunt; quatenus suam auctoritatem iis impertitus est, et proprias fecit, in hoc tamen differunt a Principum constitutionibus, quod illae caeteris populis aeque convenire, et ab iis observari supponuntur; edicta vero Principum, eoque magis statuta locorum considerantur, et sunt leges uni populo peculiares.*

§. 119.

An legislator legibus teneatur, distinguendum est, utrum quaestio sit de statu monarchico, an aristocratico, vel democratico. In hisce postremis duobus statibus certum est, legislatores etiam teneri legibus, quas una cum communitate, aut majori, vel praecipua ejus parte tulerunt, vel probarunt; leges enim illae latae, vel probatae censentur ab ipsa communitate, quae supra quaecumque singularia membra est.

§. 120.

Si autem de statu monarchico agatur distinguendum inter varias legum species. Princeps adstringitur legibus naturalibus, et divinis, quae supra ipsum sunt harum autem plurimas legislator suis sanctionibus confirmavit, vel declaravit. Idem dicendum videtur de jure gentium, cum communi consensu Principum constitutum sit, et de legibus regni, ut vocant fundamentalibus; ne cum dispendio publicae tranquillitatis, atque salutis imperii ratio immutetur.

§. 121.

Quoad leges vero positivas, ab ipso Principe latas, vel probatas, certum est, iis non adstringi, quarum materia ad ipsum non pertinet (1): puta si vetuerit nequis gladium ferat, aut venationem exerceat. Quoad alias vero, quarum materia ipsi cum subditis communis est, legibus non subjicitur quoad vim coactivam, ut loquuntur scholae; sive quoad poenam in legum violatores praestitutam; quia poena imponi non potest, nisi a superiore.

(1) *Princeps legibus solutus est. L. 31. ff. hoc tit.*

§. 122.

Sed quoad vim directivam, teneri videtur; ita exposcente naturali aequitate, ut caput cum membris consentiat (1), et ita subditos ad legum suarum custodiam alliciat. Quare Romani Imperatores professi sunt, se legibus subditos esse velle (2): et specialiter se hereditatem non agnituros, testamento relictam, cui aliqua deficeret civili jure praescripta solemnitas (3): nec obstituros, quominus moveatur inofficiosi querela contra testamentum, quo heredes scripti fuerint (4): vel quarta falcidia detrahatur e legatis, quae ipsis fuerint relicta (5).

(1) *Cum igitur, quod quisque juris in alterum statuit, ipse debeat uti eo, et sapientis dicat auctoritas: patere legem, quam tu ipse tuleris, mandamus etc. Ita loquitur Innocentius III. in cap. Cum omnes 6. extra de constitutionibus, l. 1. ff. quod*

Ist. l. 1. t. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

quisque juris. Quare S. Ambrosius epist. 32. *Imperatorem Valentinianum sic alloquitur:* Quodcumque praescripsisti aliis, praescripsisti etiam tibi; leges enim Imperator fert, quas primus ipse custodiat.

(2) *Digna vox est majestate regnantis, legibus se alligatum profiteri; adeo de auctoritate juris nostra pendet auctoritas: et revera majus imperio est, submittere legibus principatum, et oraculo praesentis edicti, quod nobis licere non patimur, aliis indicamus. L.* 4. *cod. hoc tit.*

(3) §. *ult. inst. quib. mod. testam. infirm.* (2. 17.)

(4) *L. Papinianus* 8. §. *Si Imperator* 2. *ff. de inoffic. testam.* (5. 2.)

(5) *L. Et in legatis* 4. *cod. ad l. falcid.* (6. 50.)

§. 123.

Verum, cum aequum sit, ut Princeps quibusdam fulgeat praerogativis, atque privilegiis, quibus antecellat subditis, jure quasdam immunitates sibi servarunt Imperatores, in illis praecipue rebus, quibus nullum damnum subditis inferri potest. Quare constitutum, ut donationes ab ipsis, vel ipsis factae insinuatione non egeant (1): ut legatum Principi relictum, qui mortuus sit ante diem ejus cedentem, fisco non cedat, sed successori debeatur (2): ut Princeps tacitam habeat hypothecam in bonis eorum, quibuscum contrahit (3), et alia ejusdem generis (4), quarum immunitatum Augusta etiam particeps est, quamvis legibus soluta non sit (5).

(1) *L. Sancimus* 34., *et Auth. Item cod. de donat.* (8. 54.)

(2) *L. Quod Principi* 56. *ff. de legat.* 2. (31. 1.)

(3) *L. Certum est* 2. *cod. in quib. caus. pign.* (8. 15.)

(4) *V. l. Fiscus* 6. *de jure fisci, juncto* §. 1. *ejusdem legis, l. Pecunia* 5., *l. ult. cod. de privileg. fisc.* (7. 73.)

(5) *Augusta autem licet legibus soluta non est, Principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quae ipsi habent. L. Princeps* 31. *ff. hoc tit., d. l.* 6. §. 1. *ff. de jure fisci* (49. 14.)

§. 124.

Haec sunt, quae ad legum vim demonstrandam pertinent. Opportunus hic esset locus, de earum interpretatione disserendi, nisi de hoc argumento jam alibi dictum fuisset (1), ut commodius, et utilius simul omnia in unum colligerentur. Tantum ergo superest, ut inquiramus, quibus modis lex cesset, seu desinat ejus vis.

(1) *Part.* 1. *Disputat.*

SECTIO IV.

De legum abrogatione, seu quibus modis desinat legis vis.

SUMMARIA.

Cessat legis vis pro omnibus, vel pro aliquibus tantum. Distinguenda abrogatio a derogatione, surrogatione, et irritatione. §. 125.

Saepe convenit, leges abrogari ob mutationem adjunctorum. §. 126

Sed mutatio facile non praesumitur; quia non raro nocet. Hinc generalis posterior lex non derogat speciali, quae prior sit, nisi aliud appareat. §. 127.

Desuetudine abrogatur lex ex tacito Principis consensu. Judicis est definire, an desuetudine lex sit sublata, et ab allegante probanda. §. 128.

Cessat et lex cessante caussa finali, non impulsiva. §. 129.

Dummodo certo constet de cessatione caussae, et cessaverint omnes, si plures fuerint, respectu omnium subditorum. §. 130.

Si lex fundetur in praesumptione periculi, non ideo cessat ejus vis, quamvis in singulari casu periculum absit. Exemplum est in malieribus fidejubentibus, et minoribus alienantibus. §. 131.

Cessat lex specialiter per dispensationem, seu relaxationem legis. Quid sit dispensatio ? §. 132.

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

Solus legislator concedere potest dispensationem. Cum caussa sufficit, ut quis eximatur a legis observatione, dispensatio non est. Inferior non dispensat in legibus superioris. §. 133.

§. 125.

Obligatio legis cessare potest, vel generaliter pro omnibus, vel specialiter pro aliquibus tantum. Quatuor modis generatim desinit vis legi: 1. Per posteriorem legem priori contrariam: 2. Per desuetudinem, vel contrarium usum: 3. Cessante caussa finali: 4. Demum consuetudine: specialiter vero cessat legis virtus per dispensationem. De his singulis modis singillatim est disserendum. Sed in primis secernenda hic legis abrogatio a derogatione, surrogatione, seu, ut loquitur Ulpianus, obrogatione, et irritatione, (1). Abrogatur lex, cum tota tollitur: derogatur legi, cum aliqua tollitur ejus pars, intaetis manentibus aliis; subrogatio contingit, cum aliquid legi adjicitur (2); demum irritari dicitur lex, eum nondum perfecte obligans aboletur.

(1) *Ulp. in fragment. tit.* 1. §. 1.

(2) *Ulp. ibid.*

§. 126.

Leges corrigi, et abrogari, saepe opportunum est, ita expostulante subditornm commodo, quod privato Imperatoris bono anteponendum duxit Justinianus, ea motus ratione, quod bonum subditorum bonum ipsius imperantis sit (1): veluti si ob temporum aliorumque adjunctorum mutationem, quae prius utilis erat sanctio, noxia, vel minus conveniens fiat; cum enim tota legis virtus in voluntate imperantis consistat (§. 48.), mutata ipsius voluntate consequens est, viribus legem priorem destitui (2).

(1) *Quod communiter omnibus prodest, hoc rei privatae nostrae utilitati praeferendum esse censemus; nostrum esse proprium subjectorum commodum imperialiter existimantes. L. unic. §. Haec autem omnia* 14. *cod. de caduc. toll.* (6. 51.), *Fab. cod. de munerib. patrimonial. lib.* 9. *tit.* 30. *def.* 19.

(2) *Constitutiones tempore posteriores, potiores sunt his, quae ipsas praecesserunt. L.* 4. *ff. de constit. Princip.* (1. 4.)

§. 127.

Verum, quoniam mutatio voluntatis in legislatore facile praesumi non debet; cum reipublicae salus, et quies potissimum a legum constantia pendeat (1): sed tum demum, cum de ea manifesto innotescat, ideirco posteriori generali lege non intelligitur derogatum priori, quae specialis sit, nisi ita aperte ferant novae legis verba (2); cum certissimum sit in jure principium per speciem generi derogari, non vero speciei per genus (3).

(1) *In rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo jure, quod diu aequum visum est. L.* 2. *ff. eod. tit. de const. Princ.*

(2) *Hac motus ratione Ulpianus in l. Praetor ait* 3. §. *Divus Hadrianus* 5. *ff. de sepulcr. viol.* (47. 12.), *generale Imperatoris rescriptum, quo prohibetur, in civitate sepelire, ad ea loca producit, quibus hoc permittat lex municipalis: nimirum adeo erant praegnantia rescripti verba, ut ex iis colligi posset, eam esse Imperatoris mentem, ut ubique vim suam obtinere deberet, et in omni loco valere.*

(3) *Nec ambigitur, in cetero omni jure speciem generi derogare. L. Sanctio legum* 41. *ff. de poenis* (48. 19.), *l. In toto* 80. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

§. 128.

2. Desuetudine lex abrogatur; cum enim Princeps patitur, ut a subditis legis observatio negligatur, tacite eam tollere censendus est (1). Utrum autem lex desuetudine sublata sit, judicis est definire, habita ratione temporis, aliorumque adjunctorum, prout inferius de consuetudine dicemus: et sicut consuetudo, quia res facti est, ab allegante probari debet, ita et probare tenetur desuetudine legem aboletam, qui illi innititur: maxime quia praesumptio est pro legum perpetuitate, et subditorum debito legibus obsequio. Eadem vis est contrariae consuetudinis, quae desuetudinis. Sed de ea fusius, et opportunius dicetur post caeteras juri scripti species.

(1) *Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. L. De quibus caussis* 32. §. 1. *in fine ff. hoc tit.*

§. 129.

3 Cessat, ut vulgo traditur, legis obligatio cessante legis caussa finali, ut loquuntur philosophi, non impulsiva (1); si enim desinat legis caussa finalis, merito judicatur, desinere etiam legislatoris voluntatem; secus si desinat impulsiva: praeterquamquod cessante caussa finali lex inutilis fit communitati, saltem ratione finis, quem sibi praestituit legislator.

(1) *Caussa finalis ea dicitur, quae ad agendum determinat; impulsiva vero, quae ad promptius, et libentius agendum movet: puta caussa finalis tribuendae elemosynae paupertas petentis est, impulsivae vero esse possunt ejusdem nobiscum cognatio, optimi mores, et similia.*

§. 130.

Sed, ut haec obtineant, requiritur: 1. Ut certo certius cessaverit caussa; in dubio enim obtemperandum legi: 2. Ut cessaverint omnes, si plures fuerint: 3. Ut legis ratio respectu omnium civium desierit; si enim unius, vel alterius tantum respectu non amplius subsistat legis caussa, non ideo deficiet virtus legis; quia, cum jura, ut sapienter animadvertit Ulpianus, in singulas personas non constituantur (1), nec ob singularium personarum adjuncta deficere, aequum est.

(1) *L. Jura* 8. *ff. hoc tit.*

§. 131.

Sed quid dicendum, si lex certae, et immutabili rationi non innitatur, sed fundata sit in praesumptione pericli? Mulieribus interdicta est fidejussio ob nimiam earum facilitatem: minoribus propter infirmum animi judicium prohibita, nisi statutae observentur solemnitates, rerum suarum alienatio. Validane erit mulieris intercessio justa de caussa facta, vel minoris alienatio, cujus consilium aetatem superat? Minime sane; si enim semel haec admittantur, fraus legi facile fiet; unamquamque mulierem prudenter fidejussisse facile probari poterit: quisque minor firmum satis habere consilium constanter affirmabit; ex quo fiet, ut fere inutilis evadat lex. Merito ergo constitutum, ut administratio rei suae minoribus non committatur, quamvis negotia sua bene gerentibus (1). Constans tamen regula est apud supremos Magistratus, non vitiari minoris contractum ob defectum solemnitatum, si contractus minori utilis fuerit, ne sanctio in ipsorum utilitatem lata in damnum eorundem retorqueatur (2).

(1) *L.* 1. §. *ult. de minorib.* (4. 4.)

(2) *L. Quod favore* 6. *cod. hoc tit.*

§. 132.

Cessat legis obligatio, non ratione totius communitatis, sed quoad eas personas tantum, quas ex singularibus adjunctis aequitas suggerit, a legis observatione eximi et quidem plerumque tantum ad tempus (si enim perpetua sit liberatio, potius privilegium diceretur); cessat, inquam, dispensatione, quae nihil aliud est, quam relaxatio legis

legitima auctoritate quibusdam personis concessa in eo casu, in quo lex alioquin adhuc Inst. l. 1. tit. 2.
obligaret.

§. 133.

Hinc sequitur, dispensationem ab eo solo concedi posse, cujus est legem condere (1): ff. l. 1. tit. 3.
quales sunt Princeps in statu monarchico (2), conventus procerum in aristocratico, po- Cod. l. 1. tit. 14.
puli in democratico: nisi tamen legislator ipse dispensandi facultatem in quibusdam casibus certis personis tribuerit. Hinc etiam fluit, dispensationem non esse, sed legis interpretationem, quoties caussa per se sufficiens est, ut quis eximatur a legis obligatione. Denique ex definitione colligitur, inferiorem non posse dispensare in lege superioris, adeoque humanis legislatoribus fas non esse, ut a legibus naturalibus, vel divinis dispensent (3). Quamquam et ut a propriis legibus subditos solvant, justa requiritur caussa, ut in privilegiorum concessione.

(1) *L. Nihil tam naturale est* 35. *ff. de reg. jur.*

(2) *Quare Imperatores consulum, vel praesidum decreta ambitiosa merito dixerunt, quibus dispensationem legis concedere praesumunt, atque minoribus administrationem extra ordinem permittere. L. Denique* 3. *ff. de minor.* (4. 4.)

(3) §. *Sed naturalia* 11. *inst. hoc tit.*

CAPUT II.

De Principum placitis.

Instit. lib. 1. tit. 2. *De jur. natur. etc.*
Digest. lib. 1. tit. 4. *De constit. Princ. etc.*
Cod. lib. 1. tit. 14. *De legib., et const. Princip., et edic.*

SUMMARIA.

Quod Principi placet, lex est, et ipse solus in statu monarchico fert leges. §. 134.
Principis potestas ordinaria est, vel extraordinaria, sive absoluta. §. 135.
Constitutiones Principum generales sunt, vel singulares. §. 136.

§. 134.

Post legem Regiam, quae de Principis imperio lata est, vim legis habet, quidquid Princeps statuit (1): imo, cum populus jus suum omne, et potestatem in Principem tranatulerit (2), soli Principi hodie fas est, legem condere (3) in statu monarchico.

(1) *L.* 1. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 1.

(3) *In praesenti, leges condere, soli Imperatori concessum est. L. ult.* §. 1. *in medio cod. hoc tit.*

§. 135.

Duplex autem vulgo distinguitur potestas Principis, ordinaria, et extraordinaria, sive absoluta. Ordinaria est, qua Princeps ratione dignitatis suae ea omnia facit, quae ad imperii administrationem pertinent: absoluta, sive extraordinaria vero illa dicitur, quam ex singularibus adjunctis Princeps explicat contra communes juris regulas: veluti si ob publicam quamdam necessitatem, vel utilitatem jus alteri quaesitum tollat (1): qua tamen potestate parce admodum uti solent optimi Principes, non ignorantes, illa dumtaxat fieri revera posse, quae justitiae, atque honestati conveniunt (2).

(1) *Thes. dec.* 91. *num.* 5. †

(2) *Licere id dicimus, quod legibus, quod more majorum, institutisque conceditur; neque enim, quod quisque potest, id ei licet, nec, si non obstatur, propterea etiam permittitur. Cicero Philippica* 13. *V. l. Filius qui* 15. *ff. de condit. instit.* (28. 7.) *Fab. cod. de precib. Imper. offer. lib.* 1. *tit.* 9. *def.* 17., *et lib.* 1. *tit.* 11. *si contra jus, vel util. publ. def* 2., *et de divers. rescript. lib.* 1. *tit.* 12. *def.* 7.

§. 136.

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 4. Cod. l. 1. tit. 14. Constitutiones Principum tribuuntur in generales, quae ad omnes subditos pertinent, et singulares, quae ad aliqnos tantum, quibns aliquid specialiter alicui indulgetur, vel etiam gravior irrogatur poena, quae privilegia dicuntur (1): de quibus infra dicemus singulari sectione.

(1) *Quodcumque ergo Imperator per epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vel edicto praecepit, legem esse constat... Plane ex his quaedam sunt personales, quae nec ad exemplum trahuntur... Nam, quod alicui ob meritum indulsit, vel si quam poenam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non transgreditur. Alias autem, cum generales sint, omnes proculdubio tenent.* §. 6. *instit. hoc tit.*

SECTIO I.

De Constitutionibus generalibus.

SUMMARIA.

Generales pro varietate caussarum, vel personarum dicuntur Edicta, Decreta, Interlocutiones, Rescripta. Haec annotationes, subnotationes, vel subscriptiones: epistolae, orationes, et mandata. §. 137.

Eaedem conditiones desiderantur in edictis, quae in legibus. §. 138.

Decreta requirunt praeviam caussae cognitionem. Plerumque inter partes tantum jus faciunt. §. 139.

Mandata scripta proferri debent. Insignibus tamen officialibus fides adhibetur, si mandata referant. §. 140.

Rescripta, quae in corpore juris sunt, nec diem, nec consulem, nec subscriptionem requirunt. §. 141.

Caetera quasdam conditiones exigunt: 1. est, ut originalia ipsa proferantur a Principe subscripta: exemplis tamen rite collationatis fides interdum habetur. §. 142.

2. Desiderant inscriptionem, et subscriptionem Principis. §. 143.

In caussis levioribus sufficit subscriptio Magistratuum, ad quos res pertinet, non in gravioribus. §. 144.

Rescripta, quae publicam caussam respiciunt, non prius executioni demandanda, quam fuerint insinuata apud Magistratus. §. 145.

Hinc ex Fabro rescriptum, quo Princeps jubet, sisti litem, debet verificari a Senatu. §. 146.

Requiritur etiam adjectio diei, non tantum in personalibus beneficiis, sed et in caeteris. §. 147.

Rescripta alia gratiae sunt, alia justitiae. Utraque explicantur. §. 148.

Rescripta gratiae annalia sunt, alia perpetua: sed utraque vitiantur ex obreptione, aut subreptione. §. 149.

Quid sit obreptio, quid subreptio. Haec vitia ita concessionem infringunt, ut nec sustineatur ex clausulis, ex certa scientia, motu proprio. §. 150.

Expenduntur casus singulares, quibus de obreptione, vel subreptione dubitari potest. 1. Si quis plura rescripta obtineat ad conficiendum inventarium, non facta mentione priorum. §. 151.

Alter de eo, qui a Principe obtinet, ut caussa reconventionalis simul cum conventionali judicetur, asserens illam ad jus posse assignari, cum jam esset assignata. §. 152.

Rescriptum obreptum, vel subreptum censetur, cum res sub involucro verborum, callide, confuse, et ambigue expressa Principi est. §. 153.

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 4. Cod. l. 1. tit. 14.

Posterius rescriptum priori contrarium in dubio praesumitur obreptitium. §. 154.
3. *Ex nimiis cautelis, et insolitis clausulis obreptio praesumitur.* §. 155.
Clausulae geminatae ostendunt enixam Principis voluntatem. §. 156.
Rescriptum circumscribens sententias non irritat eas, quae transierunt in rem judicatam: contra eas tamen Princeps potest restituere. §. 157.
In re favorabili Magistratus facilius recipiunt epistolas contrarias rescriptis legitime expeditis. §. 158.
Si plura sint rescripti capita, et falsitas unum caput respiciat, in hoc tantum corruit rescriptum, modo omnia aeque principalia sint. §. 159.
Si non sint aeque principalia, falsitas in principali vitiat accessorium. §. 160.
Aliud est, si falsitas sit in accessorio. Sed hic caute agendum, et mens Principis diligenter investiganda est. §. 161.
De vi edictorum, et rescriptorum. Edicta eandem vim habent, ac leges. §. 162.
Si subditi sint extra territorium, ex Fabro prohibitoria, in personam concepta, eos ligant: non permissiva, et removentia obstaculum juris communis. §. 163.
Exemplum est in prohibitione testandi ante XXV. annum: lex haec territorium egreditur. §. 164.
Exemplum permissivi est in edicto, quod prorogat tempus petendae restitutionis, nec territorium egreditur. §. 165.
Fundamentum hujus distinctionis. §. 166.
Alienigenae, et viatores tenentur legibus loci, quarum violatio publicam pacem turbat; tum et iis, quae actum solemnitates praescribunt. §. 167.
Forenses tenentur edictis in rem conceptis, non in personam. Sed Principis mens potissimum inspici debet. §. 168., *et* 169.
Cum forenses juribus realibus loci fruantur, aequum est, ut et oneribus realibus subjiciantur. §. 170.
De vi rescriptorum, et decretorum. Haec jus tantum faciunt pro rebus, et personis, pro quibus prodierunt: nisi legem explicent, vel Princeps aliud statuat. §. 171.
Edicta iisdem modis cessant quibus leges. Rescripta gratiae annalia sunt, justitiae perpetua: nisi, qui prius rescriptum impetravit, intra annum eo usus non fuerit. Decreta sententiis aequiparantur. §. 172.

§. 137.

Constitutiones generales variis nominibus donantur pro varietate caussarum, vel personarum. Si Princeps in commune subditorum bonum aliquid motu proprio constituat, edictum appellatur (1), sive lex edictalis (2). Decretum nominatur, cum Princeps caussa cognita aliquid statuit: specialiter vero interlocutio, cum de plano sine solemni judiciorum ordine cognoscit (3). Rescripti nomine donantur Principis placita, quae ad alicujus preces emanant (4): porro rescripta specialius adnotationes, subnotationes, vel subscriptiones appellantur, si preces a privatis porrectae fuerint (5). Epistolae vero, vel sanctiones pragmaticae, si ad universitatis preces rescripserit Princeps (6). His addi potest oratio, quam nomine Principis recitabant in Senatu candidati (7), ut secundum ejus sententiam ferretur senatusconsultum (8): et mandatum, quo certis quibusdam judicibus, vel Magistratibus aliquid in speciali negotio agendum, vel praesidibus, legatis, aliisque in provincias profecturis Princeps significabat, qua ratione provinciam sibi commissam administrare deberent (9).

(1) §. *Sed et quod Principi* 6. *instit. hoc tit., l.* 1. § 1. *ff. hoc tit. Cum edicta proprie leges sint, quae supra de legibus diximus, edictis omnino sunt aptanda.*

(2) *L. Hac edictali* 6. *cod. de secundis nuptiis*, (5. 9.) *l. Hac perpetua* 2. *cod. ubi quis de curial., vel cohortali etc.* (3. 23.)

Inst. l. 1. tit. 2. (3) *D. l.* 1. §. 1. *ff. hoc tit.*, *l.* 1. §. *Quaeri possit* 5. *ff. ad senatusconsul. Turpill.* (48. 16.)

ff. l. 1. tit. 4 (4) *L. ult cod. de divers. resc.* (1. 23.)

Cod. l. 1. tit. 14. (5) *L.* 1. *cod. de prec. Imperat. offer.* (1. 19.), *l. Eum, qui* 5. *cod. ad l. Cornel. de sicar.* (9. 16.)

(6) *L. Solent* 6. §. *Non vero* 3. *ff. de offic. procons.* (1. 16.), *l. ult. princip. et* §. 1. *cod. de divers. resc.* (1. 23.)

(7) *Candidati ii erant, liberae reipublicae tempore, qui Magistratum publicum petebant, et toga candida induti erant, qua desiderium suum significabant. Postea eo nomine designati sunt quaestores, qui libris Principis in Senatu legendis destinati erant. L. unic.* §. *Ex quaestoribus* 2. *ff. de offic. quaestor.* (1. 13.); *quaestores ideo candidati, vel candidati Principis dicti.*

(8) *L. Oratio* 16. *ff. de sponsalibus*, (23. 1.) *d. l. unic.* §. *Ex quaestoribus* 2. *ff. de offic. quaestor.*

(9) *Toto tit. cod. de mandat. Princip.* (1. 15.)

§. 138.

Edictorum conditiones, seu requisita eadem omnino sunt, ac legum, a quibus non differunt. Clara ergo sint, oportet, ut Principis mens facile cognosci possit (§. 57.). Brevia, ne ex verborum exuberantia ambiguitas oriatur (§. 58.). Honesta tum quoad objectum, tum quoad modum (§. 59., et 60.). Non nimia ardua, sed populi moribus convenientia (§. 61.). Demum perpetua, cum legum immutatio non raro publicae saluti, et quieti adversetur (§. 62.). Promulgationem quoque edicta desiderant (§. 45., et seq.). Non tamen scripturam, aut subditorum approbationem (§. 48., et seq.) neque interinatio ad eorum substantiam pertinet (§. 51.): praeterquam in casibus, ubi alienanda proponitur res demanialis (§. 52.).

§. 13.

Quod pertinet ad decreta Principis, nihil aliud desiderant, quam ut praecesserit caussae cognitio; et partes fuerint vocatae: quibus servatis non tantum jus inter partes faciunt; sed generalia legis vim habent in casibus similibus, cum per illa Princeps dubiam legem interpretatur: ut enim scite loquitur Justinianus, supremo imperio nihil majus, nihil sanctius est, nec ferendus qui regali sententiae suam praeferre velit (1). Caetera vero perpetuum quidem, nec unquam retractandum jus faciunt inter partes; sed generalis legis vim non obtinent (2).

(1) *Si Imperialis Majestas caussam cognitionaliter examinaverit, et partibus cominus constitutis sententiam dixerit, omnes omnino judices, qui sub nostro imperio sunt, sciant, hanc esse legem, non solum illi caussae, pro qua producta est, sed et omnibus similibus. Quid enim majus, quid sanctius imperiali est majestate? vel quis tantae superbiae fastidio tumidus est, ut regalem sensum contemnat? L. ult. princ. cod. hoc tit.*

(2) *Quae ex relationibus, vel suggestionibus judicantium, vel consultatione in commune florentissimorum sacri nostri palatii procerum auditorium introducto negotio statuimus, vel quibuslibet corporibus, aut legatis, aut provinciae, vel civitati, vel curiae donavimus: nec generalia jura sint. sed leges faciant his dumtaxat negotiis, atque personis, pro quibus fuerint promulgata, nec ab aliquo rectractentur. L.* 2. *cod. hoc tit.*

§. 140.

In mandatis unica conditio specialis requiri videtur, ut vivae vocis oraculo, quod quia se referre asserat, fides non sit abhibenda, nisi ipsae Principis litterae exhibeantur (1). Quamquam exceptio statim subjungitur, cum de mandatis agitur, quibus aliquis judex certus disignatur, vel quae judici collegam adjungunt: potiori ratione, quae acta edi, aut litem celeriter terminari jubeant (2); quia in his non tanta est fraudis suspicio, quam in

aliis. Quin et alicubi receptum, ut Principis rescriptis fides adhibeatur, quamvis scripto tradita non sint, modo ab iis officialibus Principis referantur, ad quos illud pertinet ex munere officii sui; vel officialis sit persona insignis; quamvis forte rescriptum cedat in praejudicium tertii. Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 4. Cod. l. 1. tit. 14.

(1) *L.* 1. *cod. de mandat. Princip.* (1. 15.)

(2) *L. ult. cod. eod. tit.*, *Nov.* 17. *cap.* 14.

§. 141.

Si de conditionibus rescriptorum quaeratur, distinguendum est, an de iis agatur, quae clausa sunt in corpore juris, an vero de aliis, quae speciatim, et, prout singularia adjuncta postulant, conceduntur. Priora viribus subsistere decrevit Justinianus, quamvis nec diem, nec consulem habeant, nec subscriptionem Imperatoris (1); quia auctoritate sua haec omnia confirmavit, et legis vim iis tribuit (2).

(1) *Const. de nov. cod. fac.* §. *Quibus specialiter* 2.

(2) *D.* §. 2.

§. 142.

Quae vero specialiter universitatibus, vel privatis conceduntur, singulares quasdam requirunt solemnitates, seu conditiones. Prima est, ut authentica, et originalia ipsa rescripta, et Principis manu subscripta omnino proferantur (1): ex quo sequitur, transumpta, licet cum originali, ut loquuntur, collationata, nullam fidem facere, nisi collatio facta fuerit praesente, vel saltem citata, et per contumaciam absente altera parte (2).

(1) *Sancimus, ut authentica ipsa, atque originalia rescripta, et nostra etiam manu subscripta, non exempla eorum insinuentur. L. Sancimus* 3. *cod. de divers. rescript.* (1. 23.)

(2) *Hinc quoties Princeps exemplis eandem vim inesse vult, expresse solet, ita declarare, et sancire. V. Edic.* 2. *Junii* 1648. *Borel pag.* 6. *Edic.* 10. *Aug.* 1652. *pag.* 13., *et* 14. *penes eundem.*

§. 143.

Altera conditio in eo consistit, ut rescripta non tantum scripto comprehendantur, sed et Principis nomen iis praeponatur (1), tum et subscriptio subjiciatur (2). Atque inscriptio quidem olim sacro encausto, idest cocti muricis, et triti conchilii ardore, seu cruore (3) fieri debebat (4), quae tamen solemnitas usu desiit. His adjecit Justinianus, ne aliter sacrae jussiones recipiantur super quovis negotio, quam si magnifici quaestoris (quem nunc Cancellarium dicimus), subscriptio quoque intervenerit (5).

(1) *Nov.* 47. *in fine praefat.*

(2) *D. l.* 1. *cod. de divers. rescr.* (1. 23.)

(3) *Murex est maritimum conchilium, ex cujus sanguine purpura tingitur.*

(4) *L. Sacri affatus* 6. *cod. de div. rescr.*

(5) *Auth. gloriosissimi post l. ult. cod. eod. tit.*, *Nov.* 114. *cap.* 1. *Apud nos interinatio, vel registratio supremorum Magistratuum praescribitur. Reg. Constit. lib.* 2. *tit.* 3. *cap.* 1. §. 15.

§. 144.

Quamvis autem passim receptum sit, ut in rebus levioris momenti sufficiat subscriptio supremorum Magistratuum, in rebus tamen gravioribus Principis subscriptio omnino requiritur; futurum alioquin, ut viribus rescriptum careat: veluti si Princeps edicto, statuto, vel styli practici articulo deroget (1); vel si quis a Principe impetrare velit, ut sibi liceat, contra juris communis prohibitionem (2) rem litigiosam vendere, aut adversus vitium litigiosi jam contractum in integrum restitui (3); quia in priore specie de legis abrogatione agitur, quae cum a solo Principe fieri possit, conveniens est, ut de ejus voluntate nulla supersit dubitatio: in altera vero strictissimae juris rationi, et prohibitioni vis fit. Quamquam in iis casibus, in quibus olim praetor ex aequitate, et caussa

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 4. Cod. l. 1. tit. 14.

cognita distractionem rei litigiosae permittere poterat (4), sufficere tradit Faber subscriptionem Procancellarii (5).

(1) *Fab. cod. de divers. resc. lib. 1. tit. 12. def. 3.*

(2) *Tot. tit. de litigiosis ff. de lib. 44. tit. 6., cod. lib. 8. tit. 37., Nov. 112.*

(3) *Fab. cod. eod. tit. def. 4.*

(4) *L. Divus Pius 5. ff. de heredit. petitione.* (5. 3.)

(5) *Fab. d. def. 4. num. 2. in corp.*

§. 145.

Quod pertinet ad rescripta, quae publicam caussam respiciunt, constituit Justinianus, ne prius executioni demandentur, quam insinuata fuerint apud acta praefecti praetorio (1): simul praescribens eidem Magistratui, ne insinuari patiatur, quae per subreptionem elicita in detrimentum reipublicae vergere possent, sed Imperatorem referat (2).

(1) *Nov. 152. in praefat., et cap. 1. Atque apud nos interinationes praevia caussae cognitione a supremis Magistratibus fiunt. Thes. lib. 1. quaest. 4. num. 2. V. Reg. Constit. lib. 2. tit. 3. cap. 1. §. 15.*

(2) *D. Nov. 152. cap. 1.*

§. 146.

Hinc, si Princeps jubeat, sisti litem, quae coram quocunque judice pendeat, rescriptum non posse executioni demandari, quin prius fuerit a Senatu verificatum, tradit Faber (1); quamvis enim, de Principis potestate disputare, vel dubitare, sacrilegii instar sit (2), tamen de ejus sententia, atque voluntate inquirere, non solum concessum, sed et praescriptum est: etiam in casu, quo executio sola, non vero cognitio, mandata sit (3), graviterque puniantur judices, qui vetuerint precum argui falsitatem (4).

(1) *Fab. cod. eod. tit. de divers. rescr. def. 18.*

(2) *L. Disputare 3. cod. de crimine sacrileg.* (9. 29.), *l. Sacrilegii instar. 5. cod. de divers. rescr.* (1. 23.)

(3) *Et si non cognitio, sed executio mandatur; de veritate precum inquiri oportet: ut, si fraus intervenerit, de omni negotio cognoscatur. L. 4. cod. si contra jus, vel util. publ.* (1. 22.)

(4) *L. Puniri 3. cod. eod. tit.*

§. 147.

Quod de Principis, vel Magistratus a Principe ad id designati, subscriptione diximus, idem adhuc affirmandum videtur de adjectione diei, quamquam enim diei adjectio tantum in beneficiis personalibus Romano jure expresse desideratur (1), quia tamen maxime conferre potest ad dignoscendam rescripti veritatem, vel arguendam ejus falsitatem, idcirco generatim in omnibus requiri videtur; saltem ad majorem cautelam: itaut ea deficiente ad omni suspicionis labe immune non sit rescriptum. Consulis autem loco, uti jam innuimus, hodie subscribere solent Magistratus, veluti M. Cancellarius, aliique, ad quos ea res pertinet.

(1) *Si qua beneficia personalia sine die, et consule fuerint deprehensa, auctoritate careant. L. 4. cod. de divers. rescr. Aliud de consule asserendum, ut cuique patet.*

§. 148.

Dividuntur rescripta in ea, quae gratiae sunt, et in rescripta justitiae: illa dicuntur, quibus Princeps beneficium alicui concedit, vel praeter, vel contra jus commune: veluti si aliquem restituat ad adeundam hereditatem cum beneficio legis, et inventarii, postquam ei se immiscuit: vel filio naturali legitimorum jura concedat. Justitiae vero rescripta ea dicuntur, quae ad caussae alicujus cognitionem, vel definitionem spectant: quemadmodum cum Princeps aliquem, qui judex ordinarius non sit, delegat ad jusdicendum; vel judici ordinario mandat, quomodo controversiam definire debeat: puta summarie, et solemni judiciorum ordine praetermisso, vel possessionis caussam omisso petitorio definiat

§. 149.

Discrepant inter se haec duo rescriptorum genera in eo, quod rescripta gratiae annalia sunt, rescripta vero justitiae perpetua (1); nisi diserte comprehensum sit, ut valeant post annum rescripta gratiae, licet executionem habere non coeperint: vel contra justitiae rescripta anni spatio concludi jubeantur (2). Conveniunt vero in eo, quod nullius utraque sunt roboris, si subreptionis, vel obreptionis vitio laborent (3), etiamsi consentanea legibus sint: nisi forte impetrans per simplicitatem, vel ignorantiam falsum expressisset, vel suppressisset verum (4). Imo et graviter puniendus decernitur iniquus mentiens, si nimia ejus detegatur improbitas (5), poenae etiam legis Corneliae de falsis subjiciendus (6).

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 4. Cod. l. 1. tit. 14.

(1) *Cap. Si autem* 9., *cap. Plerumque* 23. *extra de rescriptis* (1. 3.), *Fab. cod. de divers. resc. lib.* 1. *tit.* 12. *def.* 6.

(2) *Falso adseveratur, auctoritatem rescriptorum devoluto spatio anni obtinere firmitatem suam non oportere; cum ea, quae ad jus rescribuntur, perennia esse debeant: si modo tempus, in quo allegari vel audiri debent, non sit comprehensum. L.* 2. *cod. de divers. resc.* (1. 23.), *Fab. d. def.* 6.

(3) *L. Si quis obrepserit* 29. *ff. ad l. Cornel. de fals.* (48. 10.)

(4) *Cap. super litteris* 20. *extra de rescr.*

(5) *Et si legibus consentaneum sacrum oraculum mendax precator attulerit, careat penitus impetratis: et si nimia mentientis inveniatur improbitas, etiam severitati subjaceat judicantis. L.* 5. *cod. si contra jus, vel util. publ.* (1. 22.)

(6) *D. l. Si quis obrepserit* 29. *ff. ad leg. Cornel. de fals. Apud nos, praeter refusionem damnorum, decem scutorum poena mulctatur quicunque per obreptionem, vel subreptionem rescriptum a Principe, vel supremo Cancellario obtinuerit. Reg. Constit. lib.* 2. *tit.* 2. *cap.* 2. §. 5.

§. 150.

Obreptio est narratio alicujus falsitatis, qua motus est Princeps ad rescribendum: subreptio vero est reticentia veritatis, non cujuscumque, sed substantialis, et qua narrata, et cognita Princeps non fuisset rescripturus (1). Haec porro vitia ita validitati concessionis obsistunt, ut vix robur habere possint, licet adsint clausulae *ex certa scientia, motu proprio* (2); quamvis enim eo plane sine hae clausulae apponi soleant, ut vitium obreptionis, et subreptionis tollant (3), si tamen de re magni momenti agatur, itaut merito judicetur, Principem contraria rescripturum fuisse, si veritatis notitiam habuisset, aeque praesumuntur subreptae praegnantes hae clausulae, ac ipsa concessio.

(1) *Si ergo obtineatur a Principe dilatio solutionis non expresso pacto resolutivo in contractu apposito, nullum erit rescriptum, quia reticita fuit veritas, que Principem a rescribendo deterruisset. An autem reticita veritas talis sit, quae exprimi debuisset, prudentis judicis definire. V. Thes. lib.* 1. *qu.* 4. *per tot.*

(2) *Potiori ratione nullum dicimus rescriptum ad preces emanatum, si de veritate narratorum non constet: maxime si alterius juri deroget; non entium enim, et non apparentium, ajunt pragmatici, idem est judicium. Magnum autem interest discrimen in hac quaestione, an rescriptum sit de re executioni mandanda, an jam mandata. In priore casu petens tenetur demonstrare rescripti aequitatem; quia actoris partibus fungitur. L. Ei incumbit* 2. *ff. de probat.* (22. 3.) *In posteriore iniquitatis probatio incumbit neganti, contra quem stat praesumptio. L. Cum tacitum* 3., *l. Ab ea parte* 5. *ff. eod. tit.*

(3) *Cap. Si motu proprio* 23. *extra de praebendis in* 6. (3. 4.), *Fab. cod. de divers. rescr. lib.* 1. *tit.* 12. *def.* 1.

§. 151.

De regula generali omnes consentiunt, sed non raro in singularibus casibus emergere

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 4. Cod. l. 1. tit. 14.

dubitatio potest, utrum narrata falsitas talis sit, quae Principem ad ita rescribendum impulerit, vel reticita veritas ad rei substantiam pertineat, itaut ea cognita Princeps non fuisset rescripturus. Fingamus Titium, post obtenta bina rescripta ad conficiendum inventarium, dummodo impedimenti allegati caussas coram judice competente demonstraret, nihil tamen praestitisse: postmodum a creditoribus conventum, tanquam qui simplex heres sit, aliud obtinere rescriptum ad perficiendum inventarium; nec tamen posterioribus precibus meminisse priorum rescriptorum, quae jam obtinuerat (1). Sane hujusce veritatis reticentia in caussa erit, cur rescriptum subreptitium judicetur; nec enim verosimile est, Principem ea cognita fuisse ita rescripturum; quia legitime impeditis Princeps succurrere quidem praesumitur, non vero incuriosis, et qui Principis beneficio in aliorum perniciem abuti volunt. Atque idem ferendum est judicium in proposita specie de qualitate, et diuturnitate litis, et aliis meritis caussae, quae poterant, Principem removere, vel difficiliorem reddere ad concedendam restitutionem; haec enim omnia clare, non sub involucro verborum, exprimenda sunt, ne subreptionis vitio laboret rescriptum.

(1) *Regio jure obreptitium, et nullum dicitur rescriptum posterius obtentum nulla facta prioris jam obtenti mentione: atque illud obtinens ad refusionem omnium damnorum adigitur. Reg. Cont. lib.* 3. *tit.* 2. §. 12.

§. 152.

Fingamus aliam speciem: Titius a Sejo conventus ex caussa mutui vicissim caussam reconventionalem adversus Titium instituit. Caussa in conventionali ad jus assignata, precibus Principi oblatis Titius obtinet, ut caussa reconventionalis simul definiatur; asserens tamen caussam conventionalem, non ad jus jam fuisse assignatam, sed in eo tantum statu esse, ut possit assignari: addens, reconventionalem caussam in eo quoque statu esse, ut ad jus possit assignari. Sane obreptitium dicemus hujusmodi rescriptum, adeoque nullius roboris; narrata enim falsitas in caussa fuit, cur Princeps ita rescripserit aliter cognita veritate rescripturus, ne tamdiu judicium protraheretur.

§. 153.

Quaedam hic animadversione digna sunt. Primum est, subreptum, vel obreptum, adeoque nullum etiam tunc judicandum esse rescriptum, cum, licet nulla sit narrata falsitas, vel reticita veritas, res tamen sub involucro verborum Principi expressa est, vel callida locutione, aut confusa, et ambigua narratione, ut merito praesumi possit, Principem, qui negotiorum multitudine impeditus, in veritatem eorum, quae narrata sunt, anxie inquirere non potest, si veritatem aperte cognovisset, non ita fuisse rescripturum (1). Idem ferendum est judicium de eo, qui non utitur remediis opportunis: vel qui solita via neglecta, recurrit ad diverticula (2).

(1) *Voet in pandect. hoc titul. num.* 3.

(2) *L. Si procuratorem* 8. §. 8. *ff. mandati* (17. 1.), *l. penult. cod. de naviculariis.* (11. 1.)

§. 154.

Alterum est, posterius rescriptum priori contrarium praesumi obreptitium atque Principem circumventum: tum et doli suspectum, qui rescriptum impetravit; quia beneficium Principis decet esse mansurum, nec facile credendus est Princeps, liberalitatem contulisse, cujus postea poeniteat (1).

(1) *Nov.* 81. *cap.* 2. *in fin., cap. Ex tenore litterarum* 16, *cap. Postulasti* 27. *extra de rescript.* (1. 3.), *Fab. cod. de divers. resc. lib.* 1. *tit.* 12. *def.* 2., *Thes. l.* 1. *qu.* 4. *num.* 3.

§. 155.

Tertium est, ex clausulis derogatoriis, aliisque nimiis cautelis in rescripto appositis oriri suspicionem obreptionis, et subreptionis; imo, quo magis insolitae, et plures ap-

positae sunt, tanto facilius praesumitur subreptio, et defectus voluntatis in concedente (1), qui non facile credendus est, ea voluisse conferre, quae postea rebus melius cognitis, et pensatis sint revocanda (2). Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 4. Cod. l. 1. tit. 14.

(1) *Argum. cap. Cum olim* 12. *extra de sent. et re jud.* (2. 27.)

(2) *Fab. cod. eod. tit. de divers. resc. def.* 14.

§. 156.

4. Animadvertere juvat, clausulas geminatas ostendere certam Principis voluntatem, et scientiam, quo fit, ut difficilius praesumatur obreptum, vel subreptum rescriptum.

§. 157.

Quintum est, non valere rescriptum sententias circumscribens ad infringendam vim illius, quae jam transierit in rem judicatam (1); quin opituletur adjecta clausula: non obstante tali sententia; quamvis enim nemo inficietur, quim ex suprema auctoritate possit Princeps, restituere adversus hujusmodi sententias, nunquam tamen id facere censendus est, nisi aperte constet; cum reipublicae summopere intersit, ne in irritum cadant.

(1) *Impetrata rescripta non placet admitti, si decisae fuerint semel caussae judiciali sententia, quam provocatio nulla suspendit. L. ult. cod. sentent. rescind. non posse.* (7. 50.)

§. 158.

Postremo animadvertendum est; Magistratus quidem Regias epistolas regulariter non admittere contra rescripta legitime expedita; si tamen res favorabilis sit juri, et aequitati conformis, facilius recipi poterit: potissimum si de posterioris rescripto derogatoriae epistolae veritate nonnisi temere dubitetur: puta si insignis Principis minister hanc esse Principis mentem sibi ore tenus confirmatam referat.

§. 159.

Sed quid, si plura sint rescripti capita, et narrata falsitas, vel reticita veritas aliqua tantum respiciat? Distinguendum est: vel omnia capita aeque sunt principalia, vel unum principale est, accessorium alterum. Si rescripti partes singulae principales sint, rescriptum corruit in ea tantum parte, qua falsitas subest (1); quia in iis, quae ab invicem separari possunt, saepius in jure cautum, utile per inutile non vitiari (2).

(1) *Capit. Inter caeteras* 4. *extra de resc.* (1. 3.), *argum. l. Si ex falsis* 42. *cod. de transact.* (2. 4.)

(2) *L.* 1. §. *Sed si mihi* 5. *ff. de verb. obl.* (45. 1.), *l. Usuras* 20., *l. Placuit* 29. *ff. de usuris* (22. 1.)

§. 160.

Cum inter rescripti membra unum ab altero dependet, iterum distinguendum: vel falsitas est in principali, vel in accessorio. Si in principali inveniatur hoc corruente corruit et accessorium, quod illi innititur (1).

(1) *Cum principalis caussa non consistit, ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent. L. Nihil dolo* 129. §. 1. *ff. de R. J.* (50. 17.), *arg. l. Si cui insulae* 53. *ff. de usu fruct.* (7. 1.), *l. Fundi* 8. *cum* 2. *seqq. ff. quib. mod. usuf. amit.* (7. 4.)

§. 161.

Si vero falsitas in accessorio sit, in hoc quidem viribus carebit rescriptum, non in principali, quod per se, et independenter ab accessorio subsistit. Sed caute admodum hic agendum est; plerumque enim contingit, ut quae accessoria videntur, tanquam principalia a Principe concedente habita fuerint. Singula igitur diligenter pensanda sunt et concedentis mens potissimum prae oculis haberi debet.

§. 162.

Nunc inquirendum, quae sit vis edictorum, et rescriptorum. Dubium non est, quin edicta omnes subditos ligent saltem quamdiu in territorio commorantur: si tamen de generalibus edictis sermo sit, eaque sit mens Principis sancientis. Nec interest, an motu

Ist. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 4. Cod. l. 1. tit. 14.

proprio Princeps legem tulerit, an ab aliquo rogatus, an occasione litis alicujus ita duxerit generaliter statuendum (1).

(1) *L. Leges* 3. *cod. hoc tit.*

§. 163.

An autem subditos constringant, qui extra territorium sunt, distinguit Faber. Vel sunt prohibitoria, et in personam concepta, vel sunt permissiva, et removentia obstaculum juris communis, ratione qualitatis personae, vel temporis, vel alterius adjuncti. Illis subditos extra territorium adstringi, sentit laudatus auctor: non istis, cum subditi extra territorium degunt: atque traditioni communi interpretum post Bartolum innititur. (1)

(1) *Fab. cod. de legib., et const. Princ. lib.* 1. *tit.* 5. *def.* 4.

§. 164.

Finge edicto Principis prohiberi minori xxv. annis testamenti factionem: inutile, et nullius momenti erit testamentum, quod minor xxv. annis ibi etiam condiderit, ubi post xiv. annos completos secundum jus commune testandi facultas permittitur (1). En exemplum edicti prohibitorii, quod subditos extra territorium adstringit (2).

(1) *Fab. cod. eod tit. def.* 3. *num.* 9. *in corpore.*

(2) *Nullum erit non sane ratione bonorum, quae ibi forte sita sunt, ubi hic testamentum condidit; quippe in haec alterius imperii Princeps nullam omnino exercere potest jurisdictionem; sed ratione bonorum existentium in loco domicilii, seu subjectionis; quia jure potest Princeps his legem, quam opportunam existimat, dicere. V. infra, ubi de statutorum vi, et efficacia.*

§. 165.

Finge contra, edicto prorogari tempora petendae restitutionis in integrum minoribus circumventis concessae, itaut decennium loco quadriennii a communi jure tributi (1) minor habeat. In hac specie edictum removet obstaculum praescriptionis ad restitutionem in integrum petendam post quadriennium. Quare ex laudata interpretum traditione ad subditum extra territorium degentem non extenditur, ut ibi hoc beneficio uti possit (2).

(1) *L. ult. cod. de tempor. in integr. restit.* (2. 53.)

(2) *Fab. d. def.* 4. *cod. de leg.*, *l. ult. ff. de jurisdict.* (2. 1.)

§. 166.

Si autem quaeratur, quo fundamento suffulta sit haec veterum juris interpretum distinctio; responderi potest, in prima specie edicti vi subditum ubicumque adstringi; quia persona, quam lex afficit, ubicumque sit, semper subdita est; cum non possit subjectionem propria auctoritate exuere: contra in specie posteriore; cum edictum rem ipsam potius respiciat, quam personam, aequius est, ut quaestio definiatur ex legibus loci, ubi res est, vel esse fingitur, quam ex legibus domicilii personae.

§. 167.

Quoad alienigenas, et viatores communis sententia est, eos legibus subjici, quarum violatio publicam loci turbare posset tranquillitatem: ita postulante aequitate, et jure gentium. Idem dicendum de legibus, quae solemnitates praescribunt in testamentis, vel contractibus adhibendas; in his enim loci leges servandae sunt, et servare sufficit, ad hoc ut actus valeat (1).

(1) *Faber cod. de legibus, et constit. Princ. lib.* 1. *tit.* 5. *def.* 5.

§. 168.

An forenses (1) edictis Principis teneantur, distingui debet: vel lex concepta est in rem, vel concepta est in personam. Si concepta sit in rem, et ad forenses extenditur: puta lege prohibetur, ne frumentum extra provinciam exportare liceat: decreto hoc forenses continentur (2); quia lex primario, et praecipue afficit rem, quae in legislatoris ditione est; nec ad personas dirigitur, nisi ratione rei ipsius.

(1) *Quorum nomine veniunt, qui alicubi bona possident, et alibi domicilium habent.*

(2) *Fab. cod. d. tit. de leg. et constit. Princip. def.* 2.

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 4. Cod. l. 1. tit. 14.

§. 169.

Cum autem lex in personam concepta est, sive directo ad personas refertur, juxta communem interpretum traditionem post Bartolum tradit idem Faber (1), forenses in ea specie lege non compreliendi: nisi specialis de iis mentio facta sit; utpotequi legislatoris imperio neutiquam subjiciuntur. Quod extra dubium est, si non solum verba legis in personam concepta sint, sed et legislatoris mens, atque consilium ad personas praecipue dirigatur: sed si, verbis legis in personam conceptis, legis sententia, quae potior semper est verbis, quaeque ex ratione legis, seu legislatoris consilio, et scopo dignoscitur (§. 20. D.), bona etiam complectatur, immunes ab ejus sanctione forenses non erunt; vel saltem Princeps erit consulendus.

(1) *In d. def.* 2.

§. 170.

Sed, inquies, cum forenses legislatori parere non teneantur, in dubio lex pro solis subditis constituta existimanda est. Fatemur, forenses ratione personae a legislatoris imperio solutos esse, sed ratione rerum, quae in ejus ditione sunt, negari non potest, quin ei subjiciantur (1). Ergo, sicut fruuntur juribus realibus, puta pascuorum loci, ubi bona sita sunt, ita aequum est, ut ad ea onera, et leges teneantur, quae res ipsas praecipue respiciunt (2). Quod vero lex in dubio pro solis subditis lata censeatur, et nos concedimus: sed addimus, ex caussa, et ratione legis ferendae omne dubitationis argumentum tolli. Sed de his plenius infra, ubi de statutis dicemus.

(1) *Fab. d. def.* 2. *cod. de Lg., et constit. Princip.*

(2) *Hinc si fingamus, pecuniam forte datam fuisse hosti, qui depraedationem minabatur, forenses quoque conferre tenentur; quia hic vertitur caussa bonorum, quae et forenses tangit.*

§. 171.

Rescriptis, vel decretis generale jus non constituitur, sed tantum pro his negotiis, et personis, pro quibus fuerunt promulgata (1): nisi dubiam legem interpretentur (2); vel ita Princeps singularibus motus rationibus decernat (3).

(1) *L. Quae ex relationibus* 2. *cod. hoc tit.*

(2) *L. ult.* §. 1. *cod. hoc tit. V.* §. 139.

(3) *D. l. Leges ut generales* 3. *cod hoc tit.*

§. 172.

Edicta iisdem modis cessant, quibus leges ipsae. Rescripta gratiae, nisi aliud Princeps statuat, post annum vim suam amittere, justitiae vero rescripta perpetua esse demonstravimus (§. 149.); nisi forte quis priori suo rescripto intra annum usus non sit, et alter posterius contrarium obtinuerit; tunc enim post annum, in poenam negligentiae, rescripti sui favore privari meretur (1). De decretis idem, ac de sententiis ferendum est judicium.

(1) *Cap. Si autem aliquis.* 9., *cap. Plerumque contingit* 21. *extra de rescriptis.* (1. 3.)

SECTIO II.

De constitutionibus specialibus, seu privilegiis.

SUMMARIA.

Rescripta, et decreta singulares constitutiones nominari possunt: congruentius tamen hoc nomine privilegia donantur. §. 173.

Ordo tractationis. §. 174.

Inst. l. 1 tit. 2. ff. l. 1. tit. 4. Cod. l. 1. tit. 14.

§. 173.

Quamquam Principum rescripta, et decreta non inepte constitutionum specialium nomine donari possunt; quatenus plerumque personas non egrediuntur, ad quas pertinent (§. 171.); quia tamen, ex voluntate imperantis, generalis legis vim obtinere possunt, et aliquando obtinent: tum quia plerumque jus singulare non continent, sed potius generalis juris regulas, ejusque sententiam singulis inspectis rerum adjunctis accommodant, idcirco obtinuit, ut rescripta, et decreta generalibus constitutionibus connumerentur; ad discrimen privilegiorum, quae singulare pro quibusdam personis jus continent: quaeque ideo singulares constitutiones solent appellari.

§. 174.

De privilegiis autem, ut omnia, quae scitu necessaria sunt, complectamur, eodem ordine agemus, quem in reliquis legis speciebus servavimus. Quare expendemus: 1. Quid, et quotuplex sit privilegium: 2. Quae sit privilegii vis, et quae interpretationis ratio: 3. Quomodo acquiratur, et quibus modis cesset, vel amittatur.

ARTICULUS I.

Quid, et quotuplex sit privilegium.

SUMMARIA.

Privilegii etymologia, et definitio. §. 175.
Lex dicitur, quatenus vetat, ne privilegiarius impediatur. Sed specialis lex est. §. 176.
Divisio privilegii. §. 177.
Contra jus illi derogat: praeter jus aliquid continet jure non comprehensum. §. 178.
Reale proxime, et directe confertur rei, personale personae. Exempla utriusque. §. 179.
Quid sit remuneratorium, conventionale, et gratuitum. §. 180.
Quid clausum in corpore juris, vel extra illud positum. §. 181.
Privilegia praeter jus realia in dubio praesumuntur, contra jus personalia. §. 182., *et* 183.
Personae nomine etiam communitas, et collegium continetur. §. 184.
Reale transit ad haeredes, si res duret. Personale perit cum persona: concessum universitati perpetuum est. Hine personale cedi non potest, potest reale. §. 185., *et* 186.

§. 175.

Privilegium, quod alii dictum putant, quasi singulare quoddam sit, quia veteres priva dicerent, quae nos diximus singularia: alii ex duobus simul junctis vocabulis compositum arbitrantur, itaut privilegium idem sit, ac privata lex, definiri potest: *supremi Principis lex pro aliquo specialiter lata.*

§. 176.

Legis nomen privilegio affingimus; quamvis enim privilegium plerumque nulli oneri subjiciat, alios tamen instar legis adstringit, ut, hunc privilegio suo uti, patiantur. Addimus, legem esse pro aliquo specialiter latam; in hoc enim a legibus proprie dictis distinguitur. quod hae pro omnibus constituuntur; privilegia vero unius tantum, vel alterius personae favorem, vel odium respiciunt (1); cum autem privilegium lex sit, ab eo solo concedi potest, qui suprema leges condendi polleat auctoritate.

(1) *Cum privilegium privata lex sit, tum favorem, tum alicujus damnum respicere potest, quemadmodum probat Cicero pro domo sua cap. 42., quamquam longe frequentiora sunt privilegia favorem continentia, atque fere in sensu favorabili privilegii nomen solet usurpari.*

§. 177.

Multipliciter dividitur privilegium. 1. Aliud est contra jus, aliud praeter jus. 2. Aliud est reale, aliud personale. 3. Aliud remuneratorium, aliud conventionale, aliud gratuitum. 4. His addi potest, alia esse clausa in corpore juris, alia extra juris corpus specialiter concessa.

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 4. Cod. l. 1. tit. 14.

§. 178.

Privilegium contra jus illud est, quo juri communi derogatur, dum ab ejus observatione privilegiarius solvitur: veluti si quis a jurisdictione judicis ordinarii eximatur, vel ab onere consueta tributa solvendi. Praeter jus vero illud est, cujus actus jure nec prohibetur, nec praecipitur: veluti si facultas alicui concedatur, peculiarem quandam artem prae caeteris exercendi, quasdam merces venales singulariter habendi.

§. 179.

Reale privilegium illud dicitur, quod proxime, immediate, et directe confertur rei, puta loco, praedio, dignitati, quod et consequenter personarum, quae in loco sunt, vel praedium possident, aut dignitate potiuntur, favorem continet: personale autem directe, et primario tribuitur ipsi personae. Exempla privilegiorum realium habes in actione funeraria, in praelatione dotis: personalium in restitutione in integrum minoribus concessa, in Senatusconsulto Vellejano, et Macedoniano. quo mulieres ab obligatione per fidejussionem contracta, filiifamilias a restitutione mutuae pecuniae sine partis consensu acceptae eximuntur.

§. 180.

Remuneratorium dicimus, quod Princeps intuitu meritorum, et in praemium fidelitatis, laborum concedit: conventionale, seu onerosum praevia alicujus rei solutione tribuitur: gratiosum ex mera concedentis benevolentia proficiscitur.

§. 181.

Clausum in corpore jus illud dicitur, quod inter alias leges insertum est corpori juris: horum exempla passim habentur in titulis de minoribus, de privilegiis fisci, et creditorum, de vacatione munerum: quod vero extra corpus juris est, speciali Principis rescripto conceditur.

§. 182.

Quaerunt interpretes, quid dicendum in dubio: utrum privilegium reale sit, an personale. Alii gratuita in dubio personalibus accensenda arbitrantur; quia donatio potius sit restringenda, quam amplianda (1): onerosa vero realibus annumerant; quia praesumitur quisque, sibi, et heredibus contrahendo prospicere (2). De remuneratoriis idem ferunt judicium, ac de gratuitis; quia remuneratio unius personam respicit, nec ad heredes regulariter protrahitur.

(1) *L. Sive possidetis* 16. *cod. de probat* (4. 19.), *l. Cum de indebito* 25. *ff. eod. tit.* (22. 3.), *l. Filiusfamilias* 7. *ff. de donat.* (39. 5.)

(2) *L. Si pactum* 9. *ff. de probat.*

§. 183.

Alii rectius distinguunt inter privilegia, quae praeter jus commune sunt; et illa, quae juri communi adversantur; itaut priora in dubio realia judicentur; quia latissimam recipiunt interpretationem (1); posteriora vero inter personalia referunt; quia stricta potius interpretatione coarctanda sunt, quae jus commune laedunt (2).

(1) *L. Beneficium* 3. *ff. hoc tit.*

(2) *Cap. Quae a jure* 28. *extra de reg. jur. in* 6. *argum. l. Praetor ait* 2. §. *Merito* 10., *et* §. *Si quis a Principe* 16. *ff. ne quid in loc. public.* (43. 8.)

§. 184.

Cum personale privilegium dicimus illud esse, quod uni, vel alteri personae tribuitur, personae nomine non tantum omne personarum genus, sed etiam communitatem,

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 5. Cod. l. 1. tit. 1.

aut collegium complectimur: non enim personalia tantum sunt, quae pupillis pro tutelae administratione, mulieribus pro dotis recuperatione, sed et quae corporibus, et universitatibus conceduntur; quia et universitates personarum vice funguntur. (1).

(1) *Hereditas personae vice fungitur: sicut municipium, et decuria, et societas. L. Mortuo reo* 22. *ff. de fidejussor.* (46. 1.)

§. 185.

Discrimen inter reale privilegium, et personale illud intercedit, quod personalia cum persona extinguuntur, realia vero ad heredes, et quoscumque rei possessores transeunt (1), quamdium permanet res, cui inhaerent (2). Si vero privilegium collegio, vel universitati concessum sit, perpetuum erit; quia, licet singularia deficiant membra, per aliorum subrogationem perpetuo vivere eadem communitas existimatur (3).

(1) *L. Privilegia* 196. *ff. de reg. jur.*, (50. 17.) *l. Quia tale* 13. *ff. solut. matrim.* (24. 3.), *l. ex pluribus* 42. *ff. de administrat.*, *et peric. tut.* (26. 7.)

(2) *L. Nihil dolo* 129. §. *cum principalis* 1. *ff de reg. jur.*

(3) *L. Forma censuali* 4. §. 3. *ff. de censib.* (50. 15.)

§. 186.

Atque ex hoc discrimine aliud oritur, quod nempe personalia cedi non possint, ne ita privilegiarii personam egrediantur, contra voluntatem concedentis: transferri vero cessione valeant privilegia realia cum ipsa re, quam perpetuo comitantur (1).

(1) *In omnibus* 68. *ff. de reg. jur.*

ARTICULUS I.

De vi, et interpretatione privilegiorum.

SUMMARIA.

Privilegium vim quamdam legis habet, quatenus alii ejus usum impedire prohibentur. §. 187.

Cessat privilegium per alterius concursum, nisi altero favorabilius sit. Quae privilegia censeantur favorabiliora. §. 188.

Ab ipso Principe sunt interpretanda, nisi argumentis, et conjecturis mens concedentis erui possit. §. 189.

Regulae interpretationis. Privilegium non extenditur de persona ad personam, si extra corpus juris sit: extenditur, quod est clausum in corpore juris §. 190.

Discriminis ratio in eo consistit, quia postremum admixtum etiam habet favorem boni publici, non prius. §. 191.

Privilegium tamen uni concessum alteri prodesse potest: veluti si minor contra sententiam restituatur. §. 192.

Privilegium praeter jus, nec alteri noxium, late est interpretandum; ut et remuneratorium, vel onerosum; modo in hoc probetur impleta conditio. §. 193.

Contra jus restringendum est interpretatione, nec ex identitate rationis extenditur. Non tamen ita interpretandum, ut evanescat. §. 194.

Restringendum quoque, quod alterum laedit. Hinc cessat privilegium, quod ex postfacto fit alteri noxium. §. 195.

§. 187.

Quod ad vim privilegii spectat, certum est, illud legi comparari posse: non quod ipsum privilegiarium plerumque eo uti cogat, cum invito beneficium non detur (1), sed quatenus alii prohibentur, ne privilegiarium beneficio uti impediant (§. 176.); parum enim prodesset privilegium, quod quisque privatus pro lubitu impedire, vel evertere posset.

(1) *L. Invito* 69. *ff. de reg. juris.*

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 4. Cod. l. 1. tit. 14.

§. 188.

Exceptio est in ea specie, qua duo concurrant, qui eodem privilegio gaudeant: tunc enim cessante hincinde privilegio res ex jure communi erit dijudicanda; quemadmodum de duabus dotibus ex eodem patrimonio restituendis constituit Justinianus (1). Adest tamen et hujus exceptionis exceptio, quando unum privilegium altero favorabilius est; adeoque prius vincit: puta si duo minores beneficium restitutionis implorent; unus autem certet de damno vitando, alter de lucro captando, potior, utpote favorabilior, est caussa prioris (2). Et generaliter favorabilius censetur privilegium in corpore juris clausum, quam quod extra illud est (3); quia prius admixtum habet favorem boni publici, posterius vero privatorum tantum favorem fere continet.

(1) *Duabus enim dotibus ab eadem substantia debitis ex tempore praerogativam manere volumus. L. Assiduis* 12. §. 1. *in fine cod. qui potior, in pign.* (8. 18.)

(2) *L. Verum* 11. §. *Item quaeritur* 6. *ff. de minorib.* (4. 4.) *V. l. ult. ff. ex quib. caus. major.* (4. 6.)

(3) *Thes. dec.* 177. *num.* 9. †, *Fab. cod. de muner. patrim. lib.* 9. *tit.* 30. *def.* 3., *et* 4.

§. 189.

De privilegiorum, quorum verba ambigua sint (1), interpretatione, regula generalis est, eam ab ipso potius Principe faciendam (2); ipsius enim est scire, et declarare quid, et quantum concesserit. Verum, quia aliquando contingit, ut verborum ambiguitas argumentis, et conjecturis dilui possit, non omnis prohibetur judicibus, vel Magistratibus privilegiorum interpretatio (3); eaque potissimum ex ipsius privilegii ratione desumenda (4).

(1) *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio. L. Ille, aut ille* 25. §. 1. *ff. de legat.* 3. (32. 1.)

(2) *Beneficia quidem principalia ipsi Principes solent interpretari. L. Ex facto* 43. *ff. de vulg., et pup. substit.* (28. 6)

(3) *D. l. Ex facto* 43.

(4) *L. Titia Sejo* 87. §. 1. *ff. de legat.* 2. (31. 1.), *l. Testamenta* 26. §. 1. *ff. de testamento militis* (29. 1.), *l. Impuberi* 40. *ff. de administr., et peric. tut.* (26. 7.), *Fab. cod. ubi senator., vel claris. lib.* 3. *tit.* 17. *def.* 3. *num,* 4. *in allegat., ubi decisum refert, privilegium fori senatoribus concessum ad eorum viduas non transmitti, licet caetera privilegia, quae ratione dignitatis competunt, ad viduas, et liberos quoque transmittantur; quia fori privilegium, non propter dignitatem datum est, sed propter officii necessitatem, quae necessitas in viduis locum non habet, quamvis dignitas in vidua, quamdiu talis permanet, continuare existimetur, l. Filii libertorum* 22. §. 1. *ff. ad municipalem.* (50. 1.)

§. 190.

Porro in hac materia generales hae regulae semper prae oculis habendae sunt. Prima est, de persona ad alteram privilegia numquam esse extendenda (1), si de privilegio agatur, quod extra juris corpus sit; constat enim, jureconsultos privilegia certis personis a jure tributa ad alias ejusdem conditionis, quia eadem subesset ratio, produxisse. Sic privilegium pupillis datum a praetore in bonis tutorum pro administratione tutelae, ad furiosos, prodigos, aliosque propter corporis, vel animi vitium, rebus suis gerendis minime idoneos protraxerunt (2); sic etiam mulierum privilegium interpretatione sponsis accommodarunt (3); quia aeque interest reipublicae, sponsis ac mulieribus, dotem salvam esse (4). Extra hos casus certissima regula est, jura singularia non egredi personam (5).

(1) *L.* 1. §. *Plane* 2. *ff. hoc tit.*

(2) *In bonis curatoris privilegium furiosi furiosaeve servatur. Prodigus, et omnes omnino etiamsi in edicto non fit eorum mentio, in bonis curatoris decreto privilegium consequuntur. L. Et mulieri* 15. §. 1. *ff. de curator. furioso, et aliis etc.* (27. 10.)

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 4. Cod. l. 1. tit. 14.

(3) *L. Dabimusque* 19. *ff. de rebus auctoritate judicis possidend.* (42. 5.), *l. Quaesitum est* 17. §. *ult. ff. eod. tit.*

(4) *L. Interest* 18. *ff. eod. tit.*

(5) *D. l.* 1. §. *ult. ff. hoc tit.*, *l. Locatio* 9. §. *ult. ff. de publicanis*, *et vectigal.* (39. 4.)

§. 191.

Ratio autem, cur ex paritate rationis de persona in personam extendi privilegia possint, quae in corpore juris clausa sunt, non alia, haec afferri potest; quod illa certarum quidem personarum favore inducta sunt; sed simul admixtum habent favorem boni publici (1): haec vero unice fere tendunt in privatorum commodum.

(1) *D. l. Interest* 18. *ff. de reb. auctor. jud. possid.* (42. 5.) *V.* §. 188.

§. 192.

Sicuti autem privilegium clausum in corpore juris ex identitate rationis de persona in personam aliquando extenditur, ita ad servandam aequalitatem privilegium uni concessum alteri prodesse potest. Finge, minorem restitutum fuisse in integrum adversus sententiam: restitutio haec utrique parti communis est, et omnia in pristinum ex parte tum minoris, tum alterius restituit (1); aequitas enim postulat, ut partes ad paria judicentur, et correlativorum eadem sit ratio.

(1) *Ab-Ecclesia par.* 1. *obs.* 54. *num.* 26. †

§. 193.

Sed, si quaeratur, an interpretatione amplianda sint privilegia, vel potius restringenda, distinctionis ope questio dirimenda est. Privilegium praeter jus late est interpretandum (1). Idem esto judicium, si alterius jus non laedat, sed concedentis tantum, summa enim semper praesumi debet supremi imperantis clementia, atque liberalitas: quod ad remuneratoria et onerosa, vulgo traditur, accommodandum: modo in his quisque probet, ex parte sua contractum implevisse: puta pecuniam in repensationem debitam solvendo.

(1) *Beneficium Imperatoris, quod a divina scilicet ejus indulgentia proficiscitur, quam plenissime interpretari debemus. L.* 3. *ff. hoc tit.*, *l. Si quando* 2. *cod. de bon. vacantib.* (10. 10.)

§. 194.

Privilegium vero, quod juri communi adversatur, interpretatione potius est restringendum (1); recessus enim a jure communi odiosus est, cum publicam utilitatem, quae maxime a legum observatione pendet, impugnare videatur (2). Quare merito traditum, in his non licere sequi regulam juris (3), ut scilicet ex rationis aequalitate idem jus inducatur (4). Non tamen ita stricte explicandum est privilegium, ut evanescat, vel nullius fere vis evadat contra concedentis mentem; quamquam enim privilegia a jure communi recedunt, non tamen temere, sed ratione, singulari quidem, a Principe indulgentur (5). Cavendum etiam est ab interpretatione, qua absurdus verborum sensus fiat.

(1) *Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias. L.* 14. *ff. de legib.* (1. 3.)

(2) *Cap.* 1. §. 1. *extra de filiis presbyt. in* 6. (1. 11.)

(3) *In his, quae contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris. L.* 15. *ff. eod. tit. de legib.*

(4) *L. Et ideo* 11. *cum* 2. *seqq. ff. eod. tit.*

(5) *Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est. L.* 16. *ff. de legib.*

§. 195.

Interpretatione restringendum quoque privilegium est, quod in alterius injuriam, vel damnum vergit (1). Hinc cessat privilegium, quod, ab initio nemini noxium, damnosum

postea factum est (2): et generaliter privilegia ita semper intelligenda sunt, ut nemini noceant (3). Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 4. Cod. l. 1. tit. 14.

(1) *Nec in cujusquam injuriam beneficia tribuere nostri moris est. L. Nec avus* 4. *cod. de emancipat. liber.* (8. 49.)

(2) *L. Ex facto* 43. *ff. de vulg., et pup. substitut.* (28. 6.); *ubi Paulus disputat de vi substitutionis a patre filio muto facta ex Imperatoris indulgentia; et intercidere sentit substitutionem, postquam mutus contracto matrimonio filium susceperat.*

(3) *L.* 2. §. *Si quis a Principe* 16. *ff. ne quid in loco public.* (43. 8.), *l. Sed cum ab herede* 12. *ff. ad S. C. Trebell.* (36. 1.), *Fab. cod. de servitut. lib.* 3. *tit.* 24. *def.* 5. *num* 7. *in corp.*

ARTICULUS III.

Quibus modis acquiratur, vel amittatur privilegium.

SUMMARIA.

Acquiritur privilegium concessione superioris, et praescriptione, seu consuetudine. Utrumque probandum ab allegante. Quod temporis spatium ad prescriptionem requiratur? §. 196.

Solus legislator concedere potest privilegia, sive contra, sive praeter jus. §. 197.

Privilegium contra jus solis subditis concedi potest: praeter jus etiam non subditis. §. 198.

Caute concedenda sunt privilegia sive contra, sive praeter jus: valet tamen privilegium concessum sine caussa. §. 199.

Exponuntur modi, quibus cessat, vel amittitur privilegium. §. 200.

1. *Cessat privilegium extincta persona, vel re: nisi concessum sit communitati.* §. 201.

Si tota, vel fere tota pereat communitas sine culpa sua, suspenditur privilegium: secus non reviviscit, nisi ex nova Principis voluntate. §. 202.

2. *Amittitur per revocationem, quae expressa est, vel tacita.* §. 203.

Expressa generalis est, vel specialis. §. 204.

Generalis vel est ordinaria, vel extraordinaria. §. 205.

Princeps ex justa caussa potest privilegia revocare §. 206.

Quidam putant, Principem pro arbitrio revocare posse privilegia quaevis concessa subditis, non extraneis. §. 207.

Gratuita pro arbitrio revocari possunt: onerosa, vel remuneratoria nonnisi ex justa caussa; nisi gratia longe praeponderet. §. 208.

Quoad voluntatem revocandi hae regulae servandae sunt. 1. *Generalis revocatio complectitur tantum clausa in corpore juris.* §. 209.

2. *Regulariter privilegium posterius non tollit prius, quamvis contrarium; nisi ita caveatur.* §. 210.

Si posterius eidem concedatur, superadditum censetur privilegium privilegio. §. 211.

3. *Cessat cessante caussa finali, si contra jus commune, vel alterius sit. Si autem privilegium fiat noxium, desinit ipso jure.* § 212.

4. *Renunciatione, modo renunciatario principaliter concessum sit.* §. 213.

Communitas libere renunciat privilegio inutili; si utile sit, omnium consensus exquiritur. §. 214.

Renunciatio duplex: expressa, et tacita. Haec strictissime interpretanda. §. 215.

5. *Amittitur abusu, non ipso jure, sed per judicis sententiam.* §. 216.

Inst. l. 1 tit. 2. ff. l. 2. tit. 4. Cod. l. 1. tit. 14.

6. *Non usu non amittuntur privilegia affirmativa, quae nemini nocent, sicut nec negativa. Utraque vero, si alterum laedant, non usu amittuntur.* §. 217., et 218.
Sed plura requiruntur. 1. *Occasio utendi privilegio.* §. 219.
2. *Scientia privilegii* §. 220.
Tempus consuetum praescriptionis requiri videtur, praeterquam in Ecclesia, in qua 30. *anni desiderantur.* §. 221.
Privilegia negativa amittuntur per usum contrarium. §. 222.
Demum lapsu temporis, vel existente conditione privilegium amittitur. §. 223.
Privilegium indefinite concessum non extinguitur per mortem concedentis. Si concessum sit ad beneplacitum, quidam putant, non cessare, si Princeps ita concesserit, donec revocavero; *cessare, cum simpliciter fuit indultum.* §. 224.
Privilegia ad beneplacitum non finiuntur morte Principis; quia Princeps in successoribus semper vivit, et qua talis censetur, privilegia concedere. §. 225.
Pomponius locationem ad beneplacitum morte tolli, ut et precarium, tradens, ita intelligendus, ut successor eam possit revocare. §. 226.
Conditio precario apposita, ut tamdiu duret, quamdiu concedens voluerit; utpote de natura precarii, illud non immutat. §. 227.
Bonifacius VIII. explicandus est de ea specie qua superior declaravit, nomine proprio privilegium concedere. Quod tamen nunquam praesumitur.. §. 228.

§. 196.

Acquiritur privilegium duobus modis: scilicet concessione, quae nihil interest, an motu proprio Principis facta sit, an ad alterius preces; quamquam potior prima est, quatenus obreptionis, et subreptionis praesumptionem facilius excludit: et praescriptione, seu consuetudine. In utroque autem casu non auditur, qui privilegio se munitum allegat, nisi illud probet coram judice ordinario (1), idest instrumenta edat, quibus privilegium continetur, si concessione Principis innitatur: vel praescriptionem probet legitimam, si in hac se fundet (2). Quodnam autem tempus ad praescriptionem hic requiratur, non ita facile definiri potest. Ut praescribatur privilegium contra Ecclesiam, quadraginta annorum spatium requiri, constitutum est (3). Jure autem civili nihil singulare hic definitum apparet; nisi quod, decem annorum spatio per non usum privilegium amitti, traditur (4): ex quo, jure inferri, videtur, per idem temporis spatium acquiri; nisi de privilegio agatur, quod alteri grave sit; quo casu locum habet praescriptionis regula praesentes inter, et absentes.

(1) *L. Si quis ex aliena* 5. *in fin. ff. de judic.* (5. 1.)
(2) *Cap. Cum personae* 7. *extra de privileg. in* 6. (5. 7.)
(3) *Cap. de quarta* 4., *cap. Ad aures* 6. *extra de praescription.* (2. 26.)
(4) *L.* 1. *ff. de nundinis.* (50. 11.)

§. 197.

Privilegia concedere, solus ille generatim potest, cui legum ferendarum potestas est; vel enim privilegium est contra jus commune, vel praeter illud. Si contra jus sit, cum dispensationem a legis obligatione contineat, nemo, nisi legis conditor, illud impertiri potest, cui soli facultas competit a legibus dispensandi (1). Si praeter jus sit, omnino requiritur, ut privilegium tribuens, alios sanctione sua cogere, possit, ne privilegii usum impediant: hoc autem solus legislator facere potest.

(1) *L. Nihil tam naturale* 35. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 198.

Quibus personis Princeps impertiri possit privilegia, distingui solet. Si quaestio sit de privilegio contra jus, solis subditis concedi potest; hos enim dumtaxat a lege solvere potest jurisdictione sua: privilegium vero praeter jus nihil vetat, quominus etiam non sub-

ditis Princeps largiatur; talis enim privilegii concessio actus potius donationis est, quam jurisdictionis. Inst. l. 1. tit. 2.

§. 199.

ff. l. 1. tit. 4.

Caeterum, cum publica utilitas, et quies maxime expostulent, ut cives omnes eodem jure regantur, atque unanimis sit omnium agendi ratio, temere concedenda non sunt privilegia: vel enim juri adversantur, et laeditur justitia distributiva, si aliquis sine justa caussa a legis observatione eximatur: vel ultra, seu praeter jus sunt, et vitium acceptionis personarum, unde invidiae, contentiones facile oriri possunt, continere videntur: valebit tamen a legitimo superiore, quamvis sine legitima caussa, privilegii facta concessio; sicut enim potest legislator pro arbitrio, legem ratione omnium tollere; ita et aliquem ab ejus obligatione solvere, et beneficium propria sponte in quemcumque conferre. Cod. l. 1. tit. 14.

§. 200.

Cessat, vel amittitur privilegium septem modis. 1. Extincta re, vel persona. 2. Revocatione. 3. Renunciatione. 4. Cessante caussa illius. 5. Abusu. 6. Non usu. Demum 7. lapsu temporis, vel existente conditione.

§. 201.

1. Ergo extinguitur privilegium extincta persona, cui concessum est (1), vel re, cui est annexum (2): nisi civitati concessum privilegium proponatur, quippequod censetur perpetuum (§. 185.); quia eadem semper subsistere universitas existimatur, per aliorum subrogationem in locum deficientium (3).

(1) *L. In omnibus caussis* 68., *l. Privilegia quaedam* 196. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) *Accessorium enim naturam sequi, congruit, principalis. Cap.* 42. *extra de reg. jur. in* 6., *l. Nihil dolo* 129. §. 1. *ff. eod. tit.*

(3) *L. Forma censuali* 4. §. *Quamquam* 3. *ff. de censibus* (50. 15.)

§. 202.

Si forte tota, vel fere tota universitas deficiat, an privilegium extinguatur, distinguendum est. Si absque culpa sua, puta hostium incursu, vel alio casu subversa, et dissoluta sit, potius suspenditur, quam extinguatur privilegium, donec reviviscat universitas, vel collegium restauretur (1); non enim addenda est afflictio afflictis; nec aequitas patitur, ut quis sine culpa sua beneficio excidat. Aliud affirmandum, si ob aliquod delictum civitas destructa sit, vel universitas dissociata; nec enim aequum est, ut privilegia semel extincta ob culpam privilegiarii reviviscant sine nova Principis voluntate.

(1) *Argum. l. Aede sacra* 73. *ff. de contr. empt.* (18. 1.), *l. Cum loca* 36. *ff. de religios., et sumpt. fun.* (11. 7.)

§. 203.

2. Amittitur privilegium per revocationem concedentis, qui, sicut justa de caussa potuit beneficium conferre, ita eadem ratione potest auferre (1). Duplex distinguitur revocatio, expressa, et tacita. Expressa verbis fit, tacita facto contingit, cum Princeps aliquid facit, vel praecipit, quod effectum suum sortiri non potest, si privilegium subsistat.

(1) *L. Nihil tam naturale* 35. *ff. de reg. jur.*

§. 204.

Expressa iterum tribui potest in generalem, et specialem. Generalis est, cum Princeps verbis generalibus revocat privilegia quaecumque alicui constitutioni contraria: specialis vero est, cum unum, vel alterum singulare privilegium revocatur.

§. 205.

Generalis expressa revocatio duplex adhuc doctrinae gratia distingui potest, quarum alia ordinaria, seu communis dicatur, extraordinaria altera. Prima est, cum Princeps utitur consueta generali clausula, *non obstantibus quibuscumque contrariis privilegiis.* Postrema ea est, qua verbis generalibus quidem, sed magis praegnantibus, vel magis determinatis privilegia revocantur: veluti si hac formula legislator utatur: *non obstantibus qui-*

Inst. l. 1. tit. 2. ... 1. tit. 4. Cod. l. 1. tit. 14.

buscumque privilegiis, quacumque forma, vel ratione concessis: vel si, privilegia quaecumque se revocare, declaret, etiamsi specialis eorum mentio fieri deberet.

§. 206.

Sed hic in limine nascitur quaestio, an Princeps, revocare quaevis privilegia, possit; cum enim privilegia donationibus comparentur, quemadmodum istae ex se irrevocabiles sunt (1), ita et perpetua videntur privilegia, neque revocationi obnoxia. Sed quia reipublicae aliquaudo interest, ut finem habeant privilegia, vel iis fieri potest indignus privilegiarius, ideo pro certo generaliter affirmandum, posse Principem, privilegia a se, vel ab antecessoribus suis concessa revocare.

(1) §. *Aliae autem* 2. *inst. de donat.* (2. 7.)

§. 207.

Dissentiunt interpretes, utrum potestas haec ad privilegia cujuscumque generis extendatur. Alii generaliter docent, fas esse Principi, quaecumque privilegia subditis tributa irrita facere, vi supremae potestatis suae: aliud contraria ratione affirmantes de iis, qui concedentis imperio non subsunt. Istorum sententia, utpote indefinita, aequitati minus consona videtur; Principi enim subditorum provido curatori, et optimo patri ea facultas non est tribuenda, qua indistincte, et pro lubitu jus iisdem quaesitum auferat (1).

(1) *Argum. l. Praetor ait* 2. §. *Merito* 10., *et* §. *Si quis Principe* 16. *ff. ne quid in loco publ.* (43. 8.)

§. 208.

Rectius ergo alii distinguunt inter privilegia, quae Princeps ex mero beneplacito indulsit, et ea, quae praevio contractu, vel meritorum intuitu tribuit: ita ut prima pro arbitrio irritet; maxime si indefinite sine ulla temporis adjectione concessa sint, vel concessionis tempore revocandi facultatem sibi reservaverit; haec enim mero precarii jure retinentur, quod libere revocatur (1): posteriora autem non item, nisi ob publicam utilitatem, vel in delicti poenam, abrogari valeant; modo postremo hoc casu tota fere universitas nocens sit, si de revocatione privilegii toti collegio tributo agatur; nec enim ob alterius crimen alter puniri debet, vel ulterius metus progredi, quam crimen processerit (2). Quod vero ad onerosa pertinet, merito sentit Osascus (3), ea posse a Principe ex plenitudine potestatis facilius revocari, si gratia longe praeponderet.

(1) *L.* 1. *ff. de precario* (43. 26.)
(2) *Peccata . . . suos teneant auctores; nec ulterius progrediatur metus, quam reperiatur delictum. L.* 22. *cod. de poenis* (9. 47.), *l. Crimen* 26. *ff. eod. tit.* (48. 19.)
(3) *Dec.* 139. *num.* 10.

§. 209.

Quae de revocatione hactenus dicta sunt, ad potestatem spectant; quoad voluntatem sequentes regulae praestitui possunt. Prima haec est. Revocatio generalis extenditur tantum ad privilegia in corpore juris contenta, non vero ad ea, quae extra illud sunt; Princeps enim praesumitur, scire privilegia, quae instar legis universalis sunt, qualia merito dicuntur, quae in jure continentur: privilegia autem extra illud existentia jus privatum, et singulare factum respiciunt, adeoque Princeps praesumitur ea ignorare (1). Specialis ergo istorum mentio requiritur, vel saltem generalis extraordinaria revocatio.

(1) *Cap.* 1. *extra de constitut. in* 6. (1. 2.)

§. 210.

Altera regula est: plerumque per posterius privilegium, etsi priori contrarium, non tolli prius: tum quia, nisi specialis ejus mentio facta sit in precibus, vel in rescripto, utpote singulare factum, ignotum Principi existimatur: tum quia mutatio voluntatis in Principe facile non debet admitti; cum deceat beneficium Principis perpetuum esse (1). Posterius ergo privilegium potius praesumi debet obreptitium (2).

(1) *Cap. Decet* 16. *extra de reg. juris in* 6.
(2) *Fab. cod. de divers. resc. lib.* 1. *tit.* 12. *def.* 2.

§. 211.

Hinc, si fingas posterius privilegium eidem personae esse concessum, non prius revocatum, sed priori posterius superadditum erit existimandum; nisi contraria doceatur Principis voluntas (1), vel invicem nullatenus valeant conciliari. Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 4. Cod. l. 1. tit. 14.

(1) *Cum perabsurdum, perque temerarium sit, hanc nostrae liberalitatem pietatis quemquam astuta interpretatione non ad augmentum anteriorum privilegiorum, sed deminutionem convertere. L. Hac saluberrima 2. cod. de agent. in reb.* (12. 21.)

§. 212.

3. Cessat privilegium cessante ejus caussa; quia cessante caussa cessare etiam debet effectus (1); sed hoc de caussa tantum finali intelligendum est, ex qua pendet voluntas concedentis (2), non de impulsiva, quae directe, et principaliter concedentem non movit: talis autem in dubio semper praesumi debet (3). Imo in solis privilegiis contra jus commune vel alterius jus laedentibus regula haec, locum habere, videtur, non in illis, quae merum Principis beneficium continent; quippe haec ad sui conservationem nihil exigunt praeter liberalem Principis concessionem (4). Quod si privilegium noxium fiat, desinit ipso jure; ne, quod pro alterius utilitate introductum est, contra ejus commodum producatur (5).

(1) *Cap. Cum cessante 60. extra de appellationibus* (2. 28.), *l. Adigere 6. §. Quamvis nulla 2. ff. de jure patron.* (37. 14.), *l. Quod dictum 32. ff. de pactis.* (2. 14.)

(2) *L. Si cum filiusfamilias 2. §. ult., et l. 3. ff. de donat.* (39. 5.)

(3) *L. Cum tale 72. §. Falsam caussam 6. ff. de condit., et demonstrat.* (35. 1.), *l. Damus 52., l. In summa 65. §. Id quoque 2. ff. de condict. indebiti.* (12. 6.)

(4) *Argum. dicti cap. Decet 16. extra de reg. juris in 6.*

(5) *Cap. Quod ob gratiam 61. extra de reg. jur. in 6., l. Nulla juris 25. ff. de legib.* (1. 3.)

§. 213.

4. Renunciatione amittitur privilegium; sicut enim beneficium in invitum non confertur (1), ita nemo invitus beneficio uti cogendus est; cum aequitas suadeat, unumquemque posse, iis, quae pro se introducta sunt, libere renunciare (2): modo ipsi principaliter concessum sit; si enim directo competeret privilegium communitati, collegio, vel dignitati, non possent singula ejus membra illud abjicere (3).

(1) *Invito beneficium non datur. L. 69. ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) *L. Si quis 29. cod. de pactis* (2. 3.)

(3) *Cum non sit beneficium hoc personale, cui renunciari valeat: sed potius toti collegio ecclesiastico sit publice indultum, cui privatorum pactis derogari non potest. Cap. Si diligenti 12. extra de foro competenti* (2. 20.), *ubi de privilegio fori clericis competente.*

§. 214.

An autem communitas, vel collegium renunciare valide possit privilegio, distinguendum est: si beneficium inutile sit, libere illud potest abdicare: si autem universitati utile sit privilegium, valida non erit renunciatio, nisi omnes in eam consentiant (1).

(1) *Argum. l. De unuquoque 47. ff. de re judic.* (42. 1.)

§. 215.

Duplex distingui solet renunciatio, nimirum expressa, et tacita: expressa verbis fit, tacita per actum privilegio contrarium (1): veluti si quis alicui collegio adscriptus, quod immunitatem ab oneribus, muneribusve praebeat, sponte ab eo recedat, vel alteri adscribatur, cujus membra immunitate non gaudent (2). Quia tamen renunciatio instar donationis est, strictissimam idcirco recipit interpretatiouem, itaut in eo tantum singulari

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 4. Cod. l. 1. tit. 14.

actu noceat (3); nisi renunciatio fiat per actum, qui ex sui natura perpetuam privilegii amissionem secum trahat (4).

(1) *Argum. l. Semper* 5. §. *ult. ff. de jure immun.* (50. 6.)

(2) *L.* 1. *cod. de his qui spont. munera subeunt.* (10. 43.)

(3) *L. Qui publici* 2. *cod. eod. tit.*, *l. Honeste* 2. *ff. de veteran.* (49. 18.), *l.* 1., *l. Voluntariae* 12. *cod. de excusat. tut.* (5. 62.)

(4) *L. pen.* §. *ult. ff. de jure immunit.*

§. 216.

5. Amittitur privilegium abusu, quo privilegiarius eo redditur indignus (1): non tamen semper ipso jure privilegium amittitur per abusum; imo plerumque necessaria est judicis sententia, qua privilegium indigno auferatur (2); quia privilegii abrogatio, utpote odiosa, stricte potius est interpretanda.

(1) *Privilegium meretur amittere, qui permissa sibi abutitur potestate. Cap. Ut privilegia* 24. *extra de privilegiis* (5. 33.), *cap. Privilegium* 63. *caus.* 11. *quaest.* 4.

(2) *D. cap. Ut privilegia* 24. *de privil.*

§. 217.

6. Etiam non usu amitti potest privilegium. Sed hic distinguenda sunt privilegia affirmativa, quibus aliquid fieri, puta nundinas exerceri, indulgetur, a negativis, quibus privilegiarius ab aliquo onere solvitur: puta a subeundis muneribus civilibus, vel a tributorum pensitatione; item distinguenda sunt privilegia contra jus commune, vel quae alterius damnum involvunt, ab iis, quae nemini nocent.

§. 218.

Privilegia affirmativa, quae in nullius gravamen cedunt, per non usum non amittuntur; nam in facultativis ex communi sententia non currit praescriptio (1). Idem affirmandum de privilegiis negativis nemini noxiis. Sed si affirmativa alterius damno sint, non usu per consuetum temporis spatium, ad praescribendum requisitum, ex communi sententia extinguuntur, dummodo ex alterius parte accedat prohibitio, et ex parte privilegiarii acquiescentia: ut et negativa ejusdem conditionis per usum contrarium; cum enim, preascriptione amitti quaecumque jura, indistincte cautum sit (2), nulla ratio est, cur ab hac sanctione privilegia eximantur (3).

(1) *Argum. l. Viam publicam* 2. *ff. de via publ.* (43. 11.)

(2) *L. Sicut in rem* 3., *l. ult. cod. de praescript.* 30., *vel* 40. *ann.* (7. 39.)

(3) *Fab. cod. de praescript.* 30., *vel* 40. *ann. lib.* 7. *tit.* 13. *def.* 10.

§. 219.

Sed, ut per non usum quis privilegio privetur, plura sunt necessaria. In primis requiritur, ut fuerit occasio utendi privilegio, et tamen eo usus non sit privilegiarius; secus enim nulla imputari potest privilegiario culpa, vel negligentia, ex qua privari beneficio mereatur, et cui praescriptionis leges praecipue innituntur (1): praeterquamquod non valenti agere nulla currit praescriptio (2).

(1) *Argum. l. Et Atilicinus* 35. *ff. de servit. praed. rustic.* (8. 3.), *l. Iter* 4. *ff. quemad. servitut. amitt.* (8. 6.), *Fab. d. def.* 10. *cod. de praescript.* 30., *vel* 40. *ann.*

(2) *L.* 1. §. *ult.*, *l.* 2. *cod. de annal. exceptione* (7. 40.)

§. 220.

2. Requiritur, ut quis sciverit privilegium; qui enim ignorat jus suum, illud non abjicit; nec ullius negligentiae potest redargui (1).

(1) *Argum l. Mater decedens* 19. *vers. Caeterum ff. de inoffic. testam.* (5. 2.), *l. Campanus scribit* 47. *ff. de oper. libert.* (38. 1.)

§. 221.

Quod ad tempus pertinet, quo per non usum privilegia amittantur, cum privilegia rebus immobilibus videantur aequiparari (1), consueto decem annorum spatio inter prae-

sentes, viginti inter absentes praescribentur (2), praterquam si de Ecclesia agatur, quae nonnisi per triginta annos privilegio excidit (3); quamquam enim regulariter quadraginta anni contra Ecclesiam ad praescribendum requiruntur (4); quia tamen per privilegii praescriptionem res ad jus commune reducitur, quae reductio publicae utilitati favet, merito constitutum, ut sufficiant triginta anni ad privilegii amissionem (5), licet quadraginta exigantur, si de eo acquirendo tractetur (6).

Inst. l. 1. t. 2. ff. l. 2. tit. 4. Cod. l. 1. tit. 14.

(1) *Argum. l. 1. ff. de nundinis* (50. 11.), *Clementina Exivi* 1. *versic. Cumque annui reditus extra de V. S.* (5. 2.)

(2) *Nundinis impetratis a Principe, non utendo, qui meruit, decennii tempore usum amittit. D.* 1. *l. ff. de nundinis.*

(3) *Cap. Si de terra* 6. *extra de privilegiis* (5. 33.)

(4) *Cap. De quarta* 4., *cap. Ad aures* 6. *extra de praescriptionib.* (2. 26.)

(5) *D. cap. Si de terra* 6. *extra de privilegiis.*

(6) *Cap. Accedentibus* 15. *extra eod. tit.*

§. 222.

Quod pertinet ad privilegia negativa, puta non solvendi tributa, certum est, ea per usum contrarium amitti, si quis sciens, et sponte tributa solverit, vel judici, a cujus jurisdictione singulari beneficio exemptus est, se subjecerit; cum quisque libere possit juribus sibi competentibus renunciare (1).

(1) *L. Si quis* 29. *cod. de pactis* (2. 3.)

§. 223.

Demum lapsu temporis, vel existente conditione cessant privilegia, quae ad certum tempus concessa sunt, vel sub conditione; quia tunc cessat concedentis libera voluntas.

§. 224.

Disputant interpretes, utrum privilegium aliquando extinguatur per solam mortem concedentis. Fatentur omnes, privilegium indefinite concessum Principis morte non finiri. Sed dissentiunt, utrum expiret, cum ad beneplacitum concessum est. Alii sentiunt, tunc tantum non cessare, cum Princeps illud concedit, *donec revocaverit*; quia in hoc casu requiratur actus positivus privilegio contrarius, qualis non habetur per simplicem concedentis mortem: sed extingui putant, cum simpliciter ad beneplacitum concessum est; quia morte finiatur voluntas hominis, a qua privilegium vim suam habet (1), atque finiatur per mortem beneplacitum concedentis (2).

(1) *Locatio precariive rogatio ita facta, quoad is, qui eam locasset, dedissetve, vellet, morte ejus, qui locavit, tollitur, L. Locatio* 4. *ff. locati* (19. 2.).

(2) *Cap. Si gratiose* 5. *extra de rescriptis in* 6. (1. 3.)

§. 225.

Alii, quorum sententia veritati magis consona videtur, generaliter putant privilegia ad beneplacitum concessa Principis morte non finiri, solamque superesse successori liberam revocandi facultatem; eaque moventur ratione, quod Princeps qua talis semper praesumi debeat, beneficia concedere; quia nonnisi vi dignitatis potestas ipsi competat, privilegia indulgendi: Princeps autem ratione suae dignitatis consideratus nunquam deficit, sed permanet; et vivit in successoribus. Quare, sicut morte naturali Principis, aut alterius, qui officium aliquod gerat, non extinguuntur ea, quae dignitati, vel officio relicta sunt (1), ita nec expirare debent, quae a Principe, quatenus suprema potestate praeditus est, tributa fuerunt, nisi aliud expresserit.

(1) *L. Quod Principi* 56. *ff. de leg.* 2. (31. 1.), *l. Annua* 20. §. 1. *ff. de annuis legatis.* (33. 1)

§. 226.

Neque huic sententiae adversatur Pomponius, cum tradit, locationem ad beneplacitum locatoris factam morte istius tolli, sicut et precarium (1). Nec Bonifacius VIII. rescribens

Inst. l. 1 tit. 2. ff. l. 1. tit. 4. Cod. l. 1 tit. 14.

per mortem expirare beneficia ad beneplacitum concedentis obtenta (2); siquidem Pomponius ita explicandns est, ut libere possit successor, locationem revocare, et precarium, quod pluries traditum, concedentis morte non extingui, sed in heredem transire (3): praeterquamquod dignitas defuncti Principi vere permanet in successore, heres autem fictione juris tantum eadem cum defuncto persona judicatur.

(1) *In d. l. Locatio 4. ff. locati.*

(2) *D. cap. Si gratiose 5. extra de rescript. in 6.*

(3) *Precarii rogatio et ad heredem ejus, qui concessit, transit. L. Cum precario 12. §. 1. ff de precario (43. 26.). Quod a Titio precario quis rogavit, id etiam ab herede ejus precario habere videtur: et ita et Sabinus, et Celsus scribunt: eoque jure utimur. L. Quaesitum est 8. §. 1. ff. eod. tit.*

§. 227.

Nec movet, quod insuper objici potest, jureconsultum speciem pertractare, qua sub ea speciali conditione concessum sit precarium, ut tamdiu duret, quamdiu concedens voluerit; haec enim conditio, cum tacite semper subintelligatur (1), et de natura precarii sit (2), ejus conditionem immutare, nullatenus potest, quamvis verbis exprimatur.

(1) *Qui precario concedit, sic dat, quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit, precarium solvere. L. 1. §. Et distat 2. ff. eod. tit. (43. 26.)*

(2) *Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is, qui concessit, patitur. D. l. 1. in princip.*

§. 228.

Quod pertinet ad rescriptum Bonifacii, explicari congrue pctest ejus sententia, de ea specie, qua summus Pontifex declaraverit, se nomine pr-prio, non dignitatis, seu Apostolicae Sedis velle, beneficium concedere: potissimum quia idem Bonifacius beneficia concessa ad beneplacitum Apostolicae Sedis perpetua esse declarat, nisi a successore revocentur (1); hoc autem nomine concessa in dubio semper praesu.ni debent. (§. 225.)

(1) *D. cap. Si gratiose 5. de rescript. in 6. (1. 3.)*

CAPUT III.

De plebiscitis, Senatusconsultis, Magistratuum edictis, atque responsis prudentum.

Instit. lib. 1. tit. 2. *De jur. natur. etc.*
Digest. lib. 1. tit. 3. *De legib. senatusque consult. etc.*
Cod. lib. 1. tit. 14. *De legib. etc.*

SUMMARIA.

Quid sit plebiscitum, et in quo a lege differat. §. 229.

Plebiscita olim solam plebem adstringebant: postea patricios etiam obligarunt. §. 230.

Quid Senatusconsultum. Quoad auctoritatem Romani Senatus duo distinguenda sunt tempora. Tempore liberae reipublicae potestatem legislativam non habebat. §. 231.

Post Tiberium speciem quamdam potestatis legislativae acquisivit, dum leges ferebat praevia Principis oratione. §. 232.

Hodierni Senatus tantum vacant judiciis civilibus, et criminalibus. Senatus definitio. §. 233.

Senatus multorum collegium est, saltem trium. Quid patrio jure constitutum sit. §. 234.

Senatus jurisdictionem, mixtum, et merum imperium habet, quo antecellit Romano. Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.
Conjunctim definit. Praevalet sententia majoris partis. §. 235.
Quid juris sit in pari suffragiorum numero. §. 236.
Quid si senatores in tres dividantur sententias. §. 237.
Quid si alii reum condemnet in 100., *alii in* 50., *caeteri in* 30. §. 238.
Senatus quasvis caussas supremo definit, nec ab eo appellatur; error facti, non juris, ipsi objici potest: judicat potius ex aequitate, quam ex juris subtilitate. §. 239.
Senatus judicare debet secundum allegata, et probata, non secundum conscientiam. §. 240.
In caussis levioribus potest subtilitates respuere. §. 241.
Potest, leges ferre pro ordine, et stylo judiciorum. Quare stylus Senatus jus facit. §. 242.
Jure Romano Senatus definitiones pro legibus non habebantur. §. 243.
Apud nos jamdudum sancitum, ut casus ambigui junctis classibus definiti vim legis habeant. §. 244.
Nunc quaecumque decisiones supremorum Magistratuum legum instar sunt. §. 245.
Sed tantum in parte decisiva, et motivis decidendi, non in caeteris. §. 246.
Praetores quoque, connivente populo, jus condendi auctoritatem sibi arrogarunt, quam non aperte, sed fictionibus, novis nominibus, exceptionibus, restitutionibus in integrum explicabant. Atque eorum jus honorarium dictum fuit. §. 247.
Ædiles curules edicta etiam proponebant de rebus venalibus, mancipiis praesertim, et jumentis. §. 248.
Praeter Senatum alii quoque sunt supremi Magistratus apud plerasque gentes: veluti apud nos Camera computorum. §. 249.
Eadem Camerae potestas est in rebus ad jurisdictionem suam spectantibus, ac Senatus. §. 250.
His adjungi possunt Magistratus, quibus publica sanitas, vel civilis commercii conservatio commissa est. §. 251.
Origo jureconsultorum, et eorum officia. §. 252., *et* 253.
Jureconsulti primum interpretati sunt leges XII *tabularum, verbo tamen, non scripto: et eorum interpretationes consensu populi vim legis interdum acquirebant.* §. 254.
Post Augustum jureconsultorum responsa legis vim habuere. §. 255.
Nunc ubique fere obtinet, ut nemo de jure respondeat, nisi publica auctoritate facultatem hanc obtinuerit. §. 256.
Quinque sunt dotes, quibus caussarum patroni praediti esse debent. §. 257.
Prima est scientia insignis, et varia legum Romanarum, juris Municipalis, naturalis, et canonici. §. 258.
2. *Ingenuitas, et fidelitas.* §. 259.
3. *Diligentia, maxime in caussis agendis.* §. 260.
4. *Et praecipua justitia est.* §. 261.
5. *Est charitas.* §. 262.
Qui hisce dotibus instructi sunt, pluribus gaudent privilegiis, immunitatibus, quibus non gaudent doctorelli. §. 263.

§. 229.

Plebiscitum a Justiniano definitur, quod plebs plebejo Magistratu interrogante, veluti tribuno, constituebat (1). Plebiscita ergo a lege differunt, veluti species a genere; lex enim ab universo populo ferebatur, plebiscitum a sola plebe, in quo ferendo non consul, vel alter superior Magistratus, quemadmodum in ferenda lege (§. 39.), sed tribunus rogabat, cui illud e collegio, sorte, vel reliquorum collegarum consensu obtigisset.

(1) §. *Lex est* 4. *inst. hoc tit.*

§. 230.

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

Plebiscita antiquitus non eandem, ac leges, vim habebant; cum enim a sola plebe constituerentur, patricios non obligabant: sed lege Horatia anno Urbis conditae CCCVI., post lege Publia lata a Quinto Publio Dictatore anno CCCCXIV.: demum lege Hortensia a Q. Hortensio pariter Dictatore lata anno CCCCLXVI. statutum fuit, ut plebiscita non minus patricios, quam plebem adstringerent. Diutius hic non immoramur; quia vix alicubi plebiscitorum superest vestigium.

§. 231.

Senatusconsultum Justiniano est, quod Senatus jubet, atque constituit (1). Quod spectat ad Romani Senatus auctoritatem, duo distinguenda sunt tempora. Etiam in libera republica fiebant senatusconsulta, sed legis vim non habebant, nec enim penes Senatum erat legislativa potestas, sed quaedam tantum erant negotia, quae Senatui annuente populo specialiter credita erant, veluti aerarium, pecunia publica, legationes ad bellum indicendum, prorogationes Magistratuum, convocatio populi, demum indictio feriarum, et supplicationum.

(1) §. *Senatusconsultum* 5. *inst. hoc tit.*

§. 232.

Postquam vero Imperatoribus subesse coeperunt Romani, aucta admodum est, in speciem saltem, Senatus auctoritas; cum enim Tiberius comitia e campo in curiam transtulisset, eo quidem colore, quod, aucto nimium populo Romano, difficile esset, tantam populi multitudinem in unum convenire (1); re autem vera, ut pro arbitrio honores conferre, et leges condere posset, legis ferendae potestate populo erepta, atque in senatores, quos facilius in suam sententiam trahere poterat, translata (nec enim difficilius fuisset sub Tiberio in unum convenire populum Romanum, quam in libera republica, cum Italia tota comitiorum particeps erat), factum est, ut legum condendarum auctoritas, penes Senatum esse, diceretur (2); et frequentia fierent senatusconsulta, praevia plerumque Principis oratione, vel ab ipso Principe recitata, vel a quaestoribus, qui candidati vocabantur (3).

(1) *L. Necessarium* 2. §. *Deinde quia* 9. *ff. de origin. jur.* (1. 2.), *dicto* §. 5. *instit. hoc tit.*

(2) *Non ambigitur, Senatum jus facere posse. L.* 9. *ff. hoc tit.*

(3) *Candidatos ex eo dictos putat Heineccius antiquitat. Roman. lib.* 1. *tit* 2. §. 45., *quia post quaesturam statim fiebant praetores, et inde regebant provincias. Unde dignitas haec ingressus erat, et quasi initium munerum gerendorum.*

§. 233.

Hinc patet, hodiernos Senatus, eos saltem, qui in statu monarchico sunt, longe differre a Romano (1); hi enim non eo fine constituuntur, ut rempublicam administrent, sed ut judiciis civilibus, et criminalibus vacent (2). Quare definiri potest in hac significatione Senatus: collegium multorum judicum ad caussas conjunctim, et supremo decidendas a Principe, vel a republica majestatem habente constitutum.

(1) *Legislativa potestas apud Senatum adhuc reperitur in iis populis, qui aristocratia gubernantur, veluti, apud Januenses, Venetos.*

(2) *Hujus generis Senatus variis apud varios populos nominibus designantur: alicubi Consilia vocantur, uti in Hispania, alicubi Parlamenta, ut in Gallia, alibi Camerae, ut in Germania, alibi demum Rotae, ut Romae.*

§. 234.

Collegium dicimus Senatum; quia senatores simul collecti, non separatim, judicare debent, quo distinguitur ab aliis judicibus, qui judicandi munere soli funguntur. Multorum collegium est; senatorum quidem numerus in arbitrio Principis est, itaut illum possit libere augere, vel minuere: tamen tres saltem esse debere, ut collegium dici

possit, in jure traditur (1). Hinc et apud nos constitutum, ut non aliter sententia Senatus vires exerat, quam si tres fuerint patres in caussis civilibus, quinque in criminalibus: et, quia minus aequum videretur, priorem sententiam pauciorum patrum suffragio reparari, sanctum fuit, ut tot saltem adsint, qui vota ferant in judicio revisionis, quot jus dixerunt in primo judicio (2).

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

(1) *Neratius Priscus tres facere existimat collegium, et hoc magis sequendum est. L. Neratius* 85. *ff. de verb. signif.* (50. 16.)

(2) *Reg. Const. lib.* 2. *tit.* 3. *cap.* 11. §. 1.

§. 235.

Addidimus ad decidendas caussas, civiles nempe, et criminales, quo fit, ut non tantum jurisdictio, et mixtum imperium penes Senatum sit, sed et mero imperio gaudeat: unde potestate antecellit veteri Romanorum Senatui, cui non licebat, de capite civis Romani sententiam ferre. Caussae conjunctim definiendae sunt, ut ea praevaleat sententia, in qua major pars judicum consenserit (1); quin inspiciatur auctoritas, aut gravitas, aut aetas illorum (2); quamvis enim sententiae ponderandae potius, quam numerandae videantur, pertinet tamen ad Senatus auctoritatem, ut, quae numero vincit sententia, eadem rationis quoque pondere superior existimetur (3); ne alioquin, quod longe periculosissimum, et indignissimum esset, de singulorum dignitate, atque sapientia disputandum sit (4); praeterquamquod facilius est, ut veritas apud plures sit, quam apud pauciores (5).

(1) *Fab. cod. de senatorib. lib.* 1. *tit.* 7. *def.* 2., *Thesaur. dec.* 1. *num.* 1.

(2) *Thes. dicta dec.* 1. *num.* 2, *Reg. Const. lib.* 2. *tit.* 3. *cap.* 11. §. 7.

(3) *L. Quod major* 19. *ff. ad municip.* (50. 1.), *l. Nominationum* 46. *cod. de decurion.* (10. 31.)

(4) *Fab. dicta def.* 2. *cod. de senatorib.*

(5) *Cap. Episcopus*, 3. *princip.*, *et* §. 1. *extra distinction.* 65.

§. 236.

Sed quid juris, si in pari numero suffragiorum duo sint invicem pugnantes sententiae? Res haec ab arbitrio Principis pendet. Apud nos constitutum Regio jure est, ut unus ex patribus a suffragio ferendo debeat abstinere: scilicet junior, habita ratione temporis, quo dignitatem adeptus est, si inter patres aliqui sint in proximo consanguinitatis, vel affinitatis gradu conjuncti (1): nisi ipse relatoris munus gerat; in aliis casibus postremus inter patres (2).

(1) *Quorum unanime suffragium unius tantum locum tenet., Reg. Const. lib.* 2. *tit.* 3. *cap.* 11. §. 7.

(2) *Reg. Const. dicto loco.*

§. 237.

Si senatores in tres dividantur sententias, dubitari potest, quae praevalere debeat. Si fingamus, aequale hincinde esse suffragiorum numerum, res extra quaestionem est; nihil definitum erit. Si autem tres sint litigatores, et quinque ex undecim senatoribus sentiant pro primo, quatuor pro secundo, duo pro tertio, certum est, nec negotium dici posse definitum, quia majoris partis in una re consensus non habetur: idem ferendum judicium, si ex eodem numero quinque reum morti addicendum existiment, quatuor triremibus condemnandum, caeteri mulctandum poena pecuniaria; quia ob poenarum diversitatem diversae sunt sententiae (1).

(1) *Fab. dicto tit. de senator. def.* 3.

§. 238.

Sed dissentiunt interpretes, quid dicendum, si ex mox proposito senatorum numero alii reum condemnent in centum, quatuor in quinquaginta, caeteri in triginta. Minimam condemnationem spectandam sentit Faber (1); tum quia favendum reo est (2); tum quia major pars in triginta consentire videtur, sicut de stipulatione dicitur; in majore enim

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

summa inest et minor (3): quae sententia juri Romano conformis videtur (4) Mediam tamen viam a Senatu Pedemontano eligi refert Thesaurus, ita ut reus in quinquaginta condemnetur (5).

(1) *Fab. dicto tit. de senator. def.* 3. *num.* 7.

(2) *Arg. l. Semper* 56., *l. Favorabiliores* 125. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(3) *L.* 1. §. *Si stipulanti* 4. *ff. de verb. oblig.* (45. 1.)

(4) *Inter pares numero judices si dissonae sententiae proferantur, in liberalibus quidem caussis . . . pro libertate statutum obtinet: in aliis autem caussis pro reo: quod et in judiciis publicis obtinere oportet. L. Inter pares* 38. *ff. de re judic.* (42. 1.)

(5) *Dicta dec.* 1. *num.* 10.

§. 239.

Senatus caussas supremo definit, eujuscumque generis sint, sive civiles, sive criminales, itaut ab ejus sententia nefas sit appellare (1); quia vice Principis judicat, eujus personam repraesentat (2): adeoque non aliter putatur pro sapientia sua judicaturus, quam Princeps ipse (3): quo fit, ut error juris supremo ordini objici non possit, sed tantum facti, qui prudentissimos quosque fallit (4). Hinc etiam fit, ut potius ex aequitate, quam ex mera juris subtilitate judicet (5), ita ut suppleat, quod deest ex actis (6), et proferre possit sententiam etiam non conformem libello, videlicet cum proposita una actione probata fuerunt extrema alterius (7).

(1) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 27. §. 2., *Fab. cod. de senten. praef. praet. lib.* 7. *tit.* 14. *def.* 1., *Thes. in praef. dec. num.* 31., *Sola de appell. Glos.* 12. *num.* 1. *pag. mihi* 410.

(2) *Ab-Ecclesia obs.* 43. *num.* 12.

(3) *Fab. dicta def.* 1. *cod. de sent. praef. praet.*

(4) *Fab. dicta def.* 1., *l.* 2. *ff. de juris, et facti ignorantia*, *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 27. §. 4.

(5) *Fab. cod. de sent. praef. praet. lib.* 7. *tit.* 14. *def.* 7.

(6) *Fab. dicta def.* 7.

(7) *Ab-Ecclesia par.* 1 *obs.* 22. *num.* 17.

§. 240.

Tria hic quaeruntur. 1 An possit Senatus judicare secundum conscientiam contra allegata, et probata: 2. An possit leges condere: 3. Quaenam vim habeant supremorum Ordinum decisiones; an scilicet legum instar sint observandae, an liceat contrariam amplecti sententiam in judicando. Quoad primam quaestionem sentit Osascus, senatores proferre debere sententiam ex iis, quae ex fide gestorum probantur, non secundum conscientiam, quae facile potest fallere (1), ea motus ratione, quod ille solus possit judicare secundum conscientiam, qui potest legem ferre: judices autem, cujuscumque sint conditionis, leges servare debeant in controversiis definiendis: idem sentit Ab-Ecclesia (2), et consonat jus Romanum (3); quia, licet in his, quae ad propriam personam pertinent, debeat homo informare conscientiam suam a propria scientia, in iis tamen, quae spectant ad publicam potestatem, debet informare conscientiam suam ex illis tantum, quae in judicio sciri possunt (4): debet tamen judex in hoc casu agere apud superiorem, ut ab hujusmodi judicio liberetur, et caussa alteri committatur, ut communiter docent Theologi.

(1) *Osasc. in prooem. dec. num.* 12., *et dec.* 1. *num.* 39., 43., *dec.* 79. *num.* 43. *ad* 49.

(2) *Ab-Ecclesia obs. forens. part.* 1. *obs.* 106. *num.* 1. *ad* 10.

(3) *Veritas rerum erroribus gestarum non vitiatur: et ideo praeses provinciae id sequatur, quod convenit eum ex fide eorum, quae probabuntur. L. Illicitas* 6. §. 1. *ff. de officio praesidis.* (1. 18.)

(4) *S. Thomas* 2. 2. *quaest.* 67. *artic.* 2., *Ab-Eccles. obs.* 106. *num.* 1. *ad* 10.; *et ideo, censuisse, refert, Senatum* 12 *Martii* 1645., *teneri senatorem, votum ferre secundum ea, quae fuerant in actis probata, nulla habita ratione eorum, quae sciebat ex privata scientia: ibid. num. ult.*

§. 241.

Caeterum nemini dubium, quin in caussis levioribus potius secundum aequitatem, et conscientiam Senatus judicare possit, quam secundum scrupulosos juris apices, et subtilitates; quas pro arbitrio servare potest, vel tamquam inanes rejicere (1). Idem dicendum de judiciis solemnibus; cum possit Senatus a solito judiciorum ritu ex justa caussa recedere (2).

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

(1) *Osasc. dec.* 1. *num.* 43., *Ab-Ecclesia par.* 1. *observ.* 2. *num.* 17. 18., *et* 19. *Hinc definitum fuit, Senatum in provisionalibus magis judicare ex aequitate. Ab-Ecclesia part.* 1. *observation.* 106. *numer.* 24. ✝: *atque aliquando movetur ex scripturis exhibitis tempore relationis ad confirmationem caussae, ut vitentur circuitus. Ab-Ecclesia ibi num.* 26. ✝

(2) *Fab. cod. de sentent. praef. pret. lib.* 7. *tit.* 14. *def.* 1. *num.* 6., *et* 7. *in corpore*

§. 242.

An Senatus leges condere possit, quaestio est, quae ex Principis voluntate pendet. Senatui Mediolanensi hanc concessam esse potestatem traditur (1). Apud nos certum est, posse Senatum leges ferre in iis, quae respiciunt ordinem, et stylum judiciorum (2); haec quippe auctoritas a Principibus nostris ipsi concessa fuit (3). Quare Senatus stylus jus facit (4), sive decisionem caussarum concernat, sive ordinem judiciorum, quamvis sit contra jus commune, modo non contra Principis constitutiones (5).

(1) Habeatque Senatus auctoritatem constitutiones Principis confirmandi, infirmandi, et tollendi, ac concedendi quamcumque dispensationem, etiam contra statuta, et constitutiones. *Ita habetur in novis constitutionibus Mediolani tit. de Senatu.*

(2) *Ab-Eccles. observ.* 2. *num.* 22. 23. 24.

(3) *Edict. Caroli Emmanuelis I.* 12. *Novembris* 1583. *tit. de auctor. sen.* §. 8. *penes Borel pag. mihi* 428.

(4) *Thes. dec.* 1. *num* 9, *et quaest.* 73. *lib.* 4. *num.* 7.

(5) *Ab-Eccl. obs.* 2. *num.* 12., *et* 13.

§. 243.

An vero legum instar supremorum Magistratuum definitiones habendae sint, itant ab iis non amplius liceat deflectere; si quaestio haec ad juris Romani principia exigatur, certum est, nullius, cujuscumque generis, sententias vim legis habere, itaut caeteri judices, secundum eam controversias definire, non teneantur; legibus enim, non exemplis judicandum traditur (1): nisi Princeps ipse caussa examinata sententiam pronunciasset, quae in casibus similibus jus faciebat (2). Quamquam, si pluries ita Senatus judicaverit, pro stylo, licet non pro lege, illud habendum esse, et ita observandum in futurum non solum in Senatu, sed et in aliis tribunalibus illi subjectis, sentit Thesaurus cum aliis (3).

(1) *L. Nemo judex* 13. *cod. de sententiis, et interlocutionibus omnium judicum.* (7. 45.)

(2) *Si imperialis majestas caussam cognitionaliter examinaverit, et partibus cominus constitutis sententiam dixerit: omnes omnino judices . . . . . sciant hanc esse legem, non solum illi caussae, pro qua producta est, sed et omnibus similibus. L. Si imperialis* 12. *cod. hoc tit.*

(3) *Thes. in praef. decis. num.* 32.

§. 244.

Si autem quaeratur, quid juris sit apud nos, jam olim sancitum invenimus, ut in casibus arbitrariis, idest ambiguis, et dubiis (1), duae Senatus classes simul jungantur, atque, si paria sint suffragia, adhibito jureconsultorum consilio, quos Princeps elegerit, sententia ex plurium votis feratur, quae legis vim pro futuris casibus sit habitura; quin in dubium revocari, aut revisio inposterum peti possit (2). Idem servari tradit Ludovicus Ab-Ecclesia in Senatu Mediolani, quamvis decisio Senatus sit contra communem opinionem (3).

(1) *Casus dubios melius dici putat Thesaurus in praefat. decis. num.* 32, *quam*

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14

arbitrarios. Arbitrari sunt illi, quibus lex certum modum statuere non potest, quia pendent a circumstantiis. L. 3. *ff. de testibus*, (22. 5.) *L.* 1., *et* 2. *ff. ubi pupill. educ. debeat* (27. 2.)*: dubii autem sunt, quibus jure nihil statutum est; aut, si statutum sit, dubia est illius interpretatio, quia doctores in diversa scinduntur. Ex his dubiis casibus quosdam posse a judice definiri pro arbitrio, sentiunt aliqui, ut refert Thes. ibid., quos ipsi vocant* casus pro amico; *ipse autem potius* casus pro diabolo *appellandos existimat; quia in judiciis amici persona nullatenus consideranda est, sed debet judex re mature, quantum potest, perpensa, eam ferre sententiam, quam legibus, et aequitati magis conformem putat.*

(2) *Edict. D. Caroli Emmanuelis* 13. *Novemb.* 1582. *penes Solam pag. mihi* 553.

(3) *Ab-Eccles. part.* 1. *obs.* 2. *num.* 22., *et* 23.

§. 245.

Jure demum novo, ut lites, quantum fieri potest, e medio tollantur, atque major supremorum Ordinum sententiis accedat auctoritas, constitutum, ut Magistratuum supremorum decisiones vim legis habeant, nec liceat amplius, contrariam in judicando sequi sententiam, quamvis juri communi repugnent; cum eae post Regias sanctiones, et statuta cujusque loci servandae sint, et demum caeteris deficientibus jus commune (1).

(1) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 22. §. 15.

§. 246.

Sed hic notandum, decisiones publicam Magistratus auctoritatem habere tantum in parte decisiva, et motivis decidendi (§. 151. D.), non vero in caeteris, quae capta occasione praeter judicandi necessitatem, atquae ornatus potius gratia, in explicando senatusconsulto decisionis collector interlocutus est, illud enim nequaquam est Senatus ipsius placitum, sed collectoris superadditum ex proprio sensu, adeoque privata quidem auctoritate aestimatur, non vero publica: quemadmodum in decisionibus Osasci ac Thesauri apparet. Quamquam revocari in dubium non potest, quin magni facienda sit tantorum virorum, privata licet, auctoritas, et sapientia.

§. 247.

Post senatusconsulta inter juris scripti species refert Imperator Magistratuum edicta (1); videlicet edicta praetorum, et aedilium curulium. Sane praetores instituti non fuerunt eo consilio, ut leges ferrent; neque ullibi auctoritas haec elargita apparet; sed quia tota penes ipsos erat jus dicendi potestas, paullatim factum est, ut et jus condendi auctoritatem sibi arrogaverint, connivente eo facilius populo, quod nimiam juris civilis asperitatem emendabant, atque jura constituebant quae praesenti Romanorum indoli, et rerum adjunctis magis convenientia, et accommodata videbantur (2). Imo neque hanc potestatem aperte explicabant, sed *fictionibus* utebantur. Veluti cum rem usucaptam fingebant, quamvis usucapta non esset (3): *novis nominibus*, veluti cum bonorum possessionem iis concedebant, qui jure civili hereditatem habere non poterant: *exceptionibus*, quibus actiones a legibus datae eliderentur, atque inanes fierent: demum *restitutionibus in integrum*, quibus et jura, et sententias subvertebant. Sed quidquid sit de praetorum artibus in antiquis legibus evertendis, novisque constituendis, certum est, progressu temporis eo deventum esse, ut maxima, imo et potissima juris pars edicti s praetorum constaret; sicut ex jureconsultorum in praetorum edictis interpretandis studio, atque diligentia eruitur: quamquam jus honorarium, idest vim habens potius in honorem praetoris, ad differentiam juris civilis, appellatum fuit (4).

(1) §. *Constat autem* 3. *instit. hoc titul.*

(2) *Jus praetorium est, quod praetores introduxerunt, adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam: quod et honorarium dicitur, ad honorem praetorum sic nominatum. L. Jus autem* 7. §. 1. *ff. de just.*, *et jur.* (1. 1.)

(3) §. 4., *et* 5. *instit. de actionib.* (4. 6.)

(4) *Hoc etiam jus honorarium solemus appellare: quod, qui honores gerunt, idest, Magistratus, auctoritatem huic juri dederunt.* §. *Praetorum quoque* 7. *instit. hoc tit., dicta l.* 7. §. 1. *ff. de just., et jure.*

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

§. 248.

Praetorum exemplo edicta quoque sua proposuerunt aediles, non sane plebei, quibus potestas haec a populo concessa non fuerat, sed aediles ex patriciis electi, qui curules dicebantur (1); aediles autem dicti sunt ex potissima muneris sui parte, quae in aedibus sacris, atque profanis curandis, et tuendis constituta erat; quamquam et ipsis licebat, de rebus venalibus, mancipiis praesertim, et jumentis edicta proponere (2). Verum in his diutius immorari non vacat, nec sinit consilii nostri ratio. Qui plura desideraverit, auctores consulat, qui de Romanis antiquitatibus scripserunt, praecipue v. clarissimum Heineccium (3).

(1) *Aediles istos aliqui curules dictos putant a curia, vel a curru: alii a sella curuli, in qua sedebant.*

(2) *Ut constat ex tit. digestorum de aedilitio edicto.* (21. 1.)

(3) *In syntagmate Antiquitatum Romanarum cap.* 2. *lib.* 1.

§. 249.

Quemadmodum penes Romanos praeter Senatum alii erant Magistratus, quibus jus dicendi suprema potestas concessa erat, ita et apud plerasque nationes, publica suadente utilitate, alii quoque Magistratus constituti sunt, quibus specialis negotiorum quorumdam cura commissa est. Apud nos primum inter hos locum tenet Regia Camera (1), quae et Camera computorum, et suprema rationalium Curia vocari solet, cui data est jurisdictio (2), et potestas cognoscendi de iis omnibus, quae quoquo modo ad Regium Patrimonium pertinent (3).

(1) *Olim una erat Camera Camberiaci residens; post Edict.* 5. *Octobr.* 1577. *duae Camerae constitutae sunt, quarum una Taurini, alia Camberiaci jus diceret. Sola de petition. Glos.* 7. *num.* 1. *pag.* 320. *Demum ad unam iterum deventum est, sed quae Taurini a latere Principis sit.*

(2) *Olim R. Camera per decreta antiqua non cognoscebat de caussis ejus tantum munus erat, rationes revidere, et corrigere, si opus esset; quia nobilibus personis constabat, non togatis. Thes. dec.* 213. *num. ult.; veluti etiam constat ex Edict. D. Amedei* 7. *Junii* 1430., *ubi in praesidente, magistris, et Camerae auditoribus tantum exigitur, quod sint periti in arte calculationis, et computandi. Borel pag.* 442. *Deinde a D. Blanca Edict.* 13. *Febr.* 1496. *penes Borel pag.* 447. *data est Camerae potestas providendi, et cognoscendi de rebus Patrimonii, quae confirmata fuit Edicto D. Caroli II.* 29. *Octobr.* 1505., *et pluribus aliis posterioribus, ut videre est penes Borel ibid. usque ad pag.* 465.

(3) *Reg. Const. lib.* 6. *tit.* 1. *cap.* 1.

§. 250.

Quare nunc par est Magistratus Camerae jurisdictio cum Senatu (1): itaut non magis a supremae rationalium Curiae sententiis appellare liceat, quam a sententiis Senatus (2): et generaliter sancitum, ut R. Camera iisdem gaudeat praerogativis, quibus Senatus, sicut et proportione habita eadem habet officia, et munera (3).

(1) *Ab-Ecclesia par.* 1. *obser.* 172. *num.* 12.

(2) *Ex Edict. penes Solam de appellat. tit.* 18. *pag.* 407. *Idem Sola de modo appellandi Glossa* 17. *num.* 8.; *quamvis, ut idem tradit, Senatui Parisiensi a gestis Camerae computorum appelletur.*

(3) *Reg. Constit. lib.* 6. *tit.* 1. *cap.* 1. §. *ult.*

Inst. l. 1. tit. 1. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

§. 251.

Hisce Magistratibus adjungere eum possumus, cui publica sanitas commissa est, et data jurisdictio, ea omnia statuendi, atque exequendi, quae ad hunc finem comparandum necessaria, vel utilia videbuntur (1); sicut et illum (2), cujus munus est, decernere, quae ad civilis commercii propagationem, et perfectionem spectant (3), a cujus sententiis appellari nequidem potest (4).

(1) *Reg. Constit. lib. 2. tit. 15.*

(2) *Reg Constit. lib. 2. tit. 16.*

(3) *Consulatus Taur. erectum fuit a D. Maria Joanna Baptista Edicto 25. Novembris 1676. Tunc vero supremus Magistratus omnino non erat, quippe tres appellationum judices eligebantur. V. Borel pag. 1024., et pag 1026.*

(4) *Reg. Const. lib. 2. tit. 16. cap. 2. §. 27. Sed ab hac regula excipitur Magistratus Camberiaci residens, a cujus sententiis in quibusdam casibus permittitur appellatio ad Senatum Sabaudum.*

§. 252.

Superest, ut de responsis prudentum breviter agamus. Jureconsultorum origo vulgo repeti solet ex antiquo jurepatronatu a Romulo ipso instituto; primus enim Urbis conditor, ut civium animos devinciret, et invicem conciliaret, constituit, ut patricii defensores essent plebejorum, qui patroni dicti sunt, quasi patres. Patronorum vero munus erat, clientibus de jure, cujus isti penitus ignari erant, respondere: eorum negotia in urbe curare, lites pro iis suscipere, in jus vocatos defendere: et vicissim plebeiis onus incumbebat, patronos in filiis, filiabusque collocandis adjuvare, in Magistratibus, et muneribus gerendis, et sustinendis pecunia sublevare: eos, eorumque filios captivos redimere, et alia ejusdem generis officia exhibere; unde hi clientes, idest quasi colentes, appellabantur: imo non privati dumtaxat patronos habebant, sed et coloniae, amicae, atque devictae gentes, negotiatores, et artifices. Patronorum autem officium, ut et clientum ab initio gratuitum erat, sed progressu temporis hoc munere ita patroni in clientum dispendium abusi sunt, ut legibus opus fuerit ad coercendam patronorum avaritiam (1).

(1) *Ut patet ex titulis codicis Justinianei, ut nemo ad suum patrocin. lib. 11. tit. 53., et ex tit. Ne rustic. ad ullum obseq. devoc. eod. lib. tit. 54.*

§. 253.

Progressu ergo temporis obsolevit antiquum jus patronatus, et patritii coeperunt promiscue de jure consulentibus respondere, et quidem accepta mercede. Hinc nati sunt jureconsulti, qui ea, quae patronorum propria erant, in se transtulerunt; quare etiam patroni dicti sunt, qui aliorum caussas agebant: jureconsulti, quia de jure consulebant.

§. 254.

Ut facilius, atque utilius munere hoc fungerentur, coeperunt leges duodecim tabularum verbis, imo et scriptis plenius interpretari, ut et disputatione fori: quamquam a docendo, et scribendo initio abstinebant jureconsulti, ne plebs mysteriorum suorum conscia fieri posset, donec a Cn. Flavio, et Sexto Aelio evulgato actionum secreto multi prodierunt de jure scribentes, et commentantes (1), quorum interpretationes sensim auctoritatem juris populi consensu adeptae sunt, et communi nomine appellatae *jus civile* (1).

(1) *L. Necessarium itaque 2. §. Juris civilis 35., et seqq. ff. de origin. jur.* (1. 2)

(2) *D. l. 2. §. His legibus latis 5. Pomponius jus hoc non scriptum dicit, ut ostendat, eo fine non fuisse a jurisprudentibus scriptum, ut tamquam lex promulgaretur, sed tacito populi consensu legis vim habuisse. Verum postquam Theodosius quibusdam jureconsultorum libris legis vim tribuit, et Justinianus generaliter omnibus, quos in pandectas retulit. L. Tanta circa nos 2. §. Tanta autem 10. cod. de veteri jure enucleando (1. 17.), jus scriptum coepit appellari. § Constat autem 3. instit. hoc tit.*

§. 255.

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3 Cod. l. 1. tit. 14.

Ergo ab initio jureconsultorum responsa legis vim non habebant, nisi tacito populi consensu essent probata, unde judices nullatenus obligabant. Sed postquam Imperator Augustus constituit, ne quis, de jure respondere praesumeret, nisi ab ipso facultatem hanc, beneficii instar, obtinuisset (1), et judices adstrinxit, ut eorum responsa servarent, vim legis omnino habuerunt (2).

(1) §. *Responsa prudentum* 8. *inst. hoc tit.*

(2) *Cum praecipuum Augusti consilium esset, ut novas leges praesenti reipublicae conditioni accommodatas inveheret, nec id obtineri facile posset, si palam adtentaretur: hanc legem tulit, ut ita eos, quos imperio suo contrarios noverat, a respondendo arceret, sibique obnoxios eligeret, et ita clam, et sine strepitu antiqua jura everterentur. Hinc jureconsulti a Caesare electi breviter respondebant, nullamque fere rationem afferebant; ut liberum ipsis esset, jura interpretari, quemadmodum Augusto placuisset. Hinc mirum non est, quod tradidit Julianus, scilicet, non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest. L.* 20. *ff. hoc tit.*

§. 256.

Quod Augustus Romae constituit, ut liberum non esset cuique, jus publice interpretari, atque de eo respondere, apud omnes fere gentes obtinet publica suadente utilitate; ne imperiti tam praeclaro munere in civium dispendium abutantur: imo et praescriptum, ut prius doctrinae juris periculum faciant, et idoneum referant testimonium (1): neque haec sufficiunt, sed insuper cautum, ut non alii admittantur, quam viri aetate, moribus, et juris peritia praediti, et ab omni tergiversatione, et intricatione caussarum, notaque infamiae alieni (2).

(1) *Edicto D. M Joannae Baptistae* 25. *Martii* 1677., *imo et Reg. Const. cavetur, ut nemo caussas prius tueatur, quam doctoratus litteras Senatui exhibuerit, et per trium annorum spatium praxi operam dederit, si apud supremos Magistratus patroni munus exercere intendat: vel biennii, si apud judices inferiores Reg. Const. lib.* 2. *tit.* 9.

(2) *Edict. D. Amedei VII.* 17. *Junii* 1430. *penes Borel pag.* 513.

§. 257.

Ut patronorum munera sigillatim innotescant, ad quinque capita revocamus dotes, quibus instructi esse debent: eaeque sunt: 1. Scientia: 2. Fidelitas, et ingenuitas: 3. Diligentia: 4. Justitia: 5. Charitas.

§. 258.

Primo igitur scientia, et quidem maxima, et varia instructus sit oportet, qui caussas in foro defendere aggreditur; fas enim est, ut non tam jus Romanum, quod legum mater merito appellatur, et leges municipales, receptasque in foro, ubi versatur, sententias calleat; sed insuper et notitiam aliqualem saltem juris naturalis, et Pontificii habeat, quo distinguere noverit, quae justa ex omni parte sunt, et quae justa quidem in foro reputantur, vel quia plura mala tolerari necesse est in civili republica: vel quia homines de iis tantum, quae extrinsecus apparent, atque demonstrantur, judicantes, quandoque eveuit, ut, quod aequum videtur, iniquum sit, si ad rectae rationis, et justitiae normam exigatur.

§. 259.

2. Ingenuitate, atque fidelitate insignitus esse debet jureconsultus, ut clientibus res aperiat, quemadmodum se habent: certas, uti certas: dubias, uti dubias, ne temere eos litibus implicet, a quibus ipse pro rebus suis abhorret (1), et quae semina sunt odii, et dissidiorum, nec raro familiarum fortunas evertunt. Quare jure cautum, ut caussarum patroni, quod justum, et verum esse existimaverint, suadeant clientibus suis, atque litem deserant, quam prius justitia innixam, postea iniquam suspicentur (2); imo et jurejurando polliceri jubentur, se non defensuros lites iniquas (3): si secus fecerint in

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 1. Cod. l. 1. tit. 4.

praevaricationis poenam a muneris exercitio per annum prohibendi, atque ad omnes expensas, et damna resarcienda condemnandi (4).

(1) *Doctores prudentes, lepide inquit Sola praef. ad novas Constit. num. 25. pag. 540., nomine proprio raro litigant, similitudine pistoris panem immittentis in clibanum, et numquam se: peritorumque medicorum abhorrentium, ac respuentium medicamenta, si opus illis habeant, quae aliis consulunt.*

(2) *Edict. Amedei VII.* 17. *Junii* 1430. *penes Borel pag.* 514.

(3) *Reg. Constit. lib.* 2. *tit.* 9. §. 2., *et* 4.

(4) *Reg. Constit. d.* §. 4. *V. et tit.* 11., *et* 12.

§. 260.

3. Maximam tenentur patroni diligentiam conferre, cum de jure consulentibus respondent, vel caussas in foro aguut, ut negotii, de quo controvertitur, circumstantias aliquando intricatissimas apprime cognoscant, clientis jus omnibus, quantum fieri potest, argumentis fulciant, non iis tantum, quae majoris ponderis sunt, quaeque peremptoria videri possunt, sed et aliis, quae licet minoris roboris, judicem tamen, saltem simul juncta, movere possunt. Tum et omni sollicitudine curare debent, ut quanto eitius caussas ad exitum perducant; ne, dum proprio lucro nimis aeqno prospiciunt, iniquis sumptibus clientes onerent, ad noxias adigant transactiones, vel forte probationes deficiant.

§. 261.

4. Inter virtutes, quibus caussarum patroni fulgere debent, praecipua est justitia, ne plus exigant, quam sibi jure debeatur, aut permissum sit (1); tum et justitiam servare convenit erga clientes, ne, quos amice componere possunt, ad litem, forte periculosam, potius incendant: sicuti etiam erga adversas clientum suorum partes, ne fraude, mendaciis, aut aliis malis artibus conentur eos a jure suo deturbare.

(1) *Merito igitur arguendi, qui, ut pinguioris mercedis justam videantur habere caussam, in re alioquin facili volumina plura revolvunt, vel revolvisse perperam asserunt. Dict. Edicto Amedei VII. de salariis advocat. penes Borel pag.* 515.

§. 262.

Postrema demum, ordine quidem, sed quae praestantia primum locum tenet, patroni virtus charitas est, quae efficere debet, ut pupillorum, viduarum, et generaliter pauperum caussas libenter tuendas suscipiant (1): prout gratis suscipere jubentur (2).

(1) *Imo cum advocatorum officium publicum magis sit, quam privatum, cogi potest quilibet advocatus ad postulandum, nisi justam afferat excusationem. Fab. cod. nequis in cau. sua lib.* 3. *tit.* 4. *def.* 1 *num.* 2., *et* 3. *in corpore. Puta si consanguineus sit adversae partis: quare nec caussam semel susceptam deserere potest, nisi jurejurando affirmet, iniquam sibi videri. Reg. Constit. lib.* 2. *tit.* 9. §. 4.

(2) *Reg. Constit. lib.* 2. *tit.* 3. *cap.* 17. §. 7.

§. 263.

Qui hisce dotibus instrueti, aliorum jura tueri, vel prosequi, student, digni sunt, qui inter personas egregias connumerentur, ut et eorum uxores, et filii: quemadmodum nobiles, et milites (1): atque pluribus gaudent privilegiis, et immunitatibus (2), a quibus immunes non sunt illi doctorelli, qui non dant operam studiis (3), vel segniter iis incumbunt.

(1) *Ab-Eccles. obs.* 65. *num.* 12., *et seqq.*

(2) *Dec. Senatus penes Thes. lib.* 1. *quaest.* 99. *num.* 7.

(3) *Dec. Senat. ibid. num.* 8.

CAPUT IV.

De Statutis

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

Instit. lib. 1. tit. 2. *De jur. natur. etc.*
Digest. lib. 1. tit 3. *De legib. etc.*
Cod. lib. 1. tit. 14. *De legib. etc.*

SUMMARIUM.

Ordo, et divisio. §. 264.

§. 264.

Ut singula, quae de statutis scitu necessaria, vel utilia sunt, complectamur, et commoda methodo pertractemus, eodem fere ordine de iis dicemus, quem de legibus agentes servavimus. Quatuor proinde erunt hujusce capitis sectiones. In prima investigabimus, quid, quotuplex sit statutum, quis possit statuta condere, et quae sint ejus conditiones. Altera expendet statutorum vim, et efficaciam tum absolutam, tum relativam ad res, et personas. Tertia complectetur regulas quasdam interpretationis, quae specialiter statutis conveniunt, nec alibi oportune tradi potuerunt. In quarta tandem modos explicabimus, quibus desinat statutorum vis.

SECTIO I.

Quid, et quotuplex sit statutum: quis possit statuta condere; et quae sint eorum conditiones.

SUMMARIA.

Statutorum nomine veniunt leges omnes Principum juri Romano contrariae, vel praeter illud: tum et singulares cujusque provinciae, universitatis, collegii leges, et consuetudines. §. 265.

Statuta dividuntur in personalia, realia, et mixta: prout lex imponitur personae, rei, vel actui: tum in generalia, et specialia. §. 266.

Pragmatici statuta tribuunt in prohibitoria, disponentia, et permissiva. §. 267.

Quilibet Princeps supremus, et liberae reipublicae statuta condere possunt, quibus addant, vel detrahant juri communi. §. 268.

Communitates, quae Principi subsunt possunt condere statuta in iis, quae bonorum administrationem respiciunt, et publicam utilitatem loci, dummodo nihil statuant contra Principis leges. §. 269.

Idem jus competere videtur etiam universitatibus imperfectis; quae alterius pars sunt, et ab ea dependent. §. 270.

Universitates non possunt condere statuta, quibus civium actibus, et negotiis lex dicitur, nisi facultatem hanc a Principe obtinuerint. §. 271.

An sufficiat facultas generalis a Principe concessa, an requiratur specifica. §. 272.

Statutum semel a Principe probatum perpetuo vires suas exerit, nisi revocetur: vel contrario usu, aut desuetudine abrogetur. §. 273.

Statuta ut vim habeant, alias quoque conditiones desiderant: 1. Ut condita sin ab universitate legitime convocata. §. 274.

Ins. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

2. *Requiritur, ut universitas legitime congregata fuerit.* §. 275.

3. *Suffragia publice, et uno actu ferri debent: valet, quod a majori praesentium parte sancitum fuit.* §. 276.

4. *Demum statutum rite promulgatum esse debet. Quando publicatio praesumatur?* §. 277.

Interdum probanda est ab allegante observantia statuti. Edenda statuta alterius loci. §. 278.

Si statutum rite publicatum fuerit, et usu receptum, ejus inobservantia a negante probanda. Ex observantia unius partis, praesumitur observantia alterius. §. 279.

Observantia probatur instrumentis, testibus, judicum pronunciationibus. §. 280.

Valet statutum, licet scriptum non sit, nec instrumentum authenticum reperiatur, nec Principis, aut universitatis inscriptio: dummodo constet de veritate libri, et observantia; maxime si liber ille sit in archivio communitatis. §. 281.

§. 265.

Statutorum nomine intelligi possunt quaecumque leges, et constitutiones Principum (1), quae juri communi contrariae sunt, vel aliquid statuunt praeter jus commune: quemadmodum et singulares alicujus provinciae, vel universitatis leges, quae a jure communi, vel generali imperii jure dissentiunt, quae etiam leges municipales nominari possunt. Imo et statutorum nomine singulares cujusque loci consuetudines veniunt.

(1) *Sic Dux Amedeus VIII. Constitutiones suas statuta nominat. Sola pag.* 1.

§. 266.

Dividuntur vulgo statuta in personalia, realia, et mixta; lex enim omnis vel rei imponitur, vel personae, vel actui. Personae imponi dicitur, cum habilis declaratur, vel inhabilis ad aliquid faciendum, puta ad testandum, donandum, fidejubendum, ut quis pro cive, vel alienigena, nobili, aut ignobili habendus sit. Rei imponitur lex, cum de ea principaliter disponit statutum, sive interim personae mentio fiat, sive non; nam a statuentis primaria intentione realis denominatur potius, quam personalis. Inter statuta realia numerantur, quae ordinem successionum determinant, donationes inter conjuges permittunt, testamenti factionem denegant. Mixta denique versantur circa actuum a personis gerendorum modum, et solemnitates primario, et praecipue: veluti quae ad contractuum vim insinuationem requirunt, testium numerum in testamentis praescribunt, et his similia. Ergo quae personae principaliter legem imponunt, personalia: quae rei, realia: quae actui, mixta nominantur. Praetermitto statutorum divisionem in generalia, et specialia, prout ad omnes cives pertinent, vel ad specialem aliquem civium ordinem; puta opificum: haec enim per se satis clara sunt.

§. 267.

Dividuntur etiam a pragmaticis statuta in prohibitoria, disponentia, et permissiva. Prohibitoria dicunt, quae actum fieri vetant, vel omnimodo: puta legata relinqui inter conjuges extantibus liberis: vel nonnisi adhibitis certis solemnitatibus; veluti majorem septenario testium numerum in testamentis requirerent. Disponentia vocant, quae nec jubent, nec prohibent, nec expresse, nec tacite; sed simpliciter statuunt, quid juris servandum sit in quibusdam casibus. In horum numero sunt, quae definiunt, dotem integram, vel ejus partem mortua sine liberis muliere ad virum pertinere, exclusis consanguineis, qui ex jure communi ad ejus successionem vocantur. Permissiva vero ea sunt, quae aliquid fieri concedunt, quod jure communi prohibetur: veluti donationes inter virum, et uxorem: vel facultatem a jure communi tributam quidem, sed arctioribus limitibus circumclusam, protrahunt, et ampliant: qualia sunt, quae longius quadriennio tempus minoribus indulgent ad petendam restitutionem in integrum, quemadmodum apud Sabaudos obtinet (1).

(1) *Fab. cod. de legib., et constit. Princip. lib.* 1. *tit.* 5. *def.* 3.

§. 268.

Statuta condere potest supremus quivis Princeps, et libera respublica; cum enim Romanae leges ex singulorum imperantium libera voluntate vim habeant (§. 146. D.), non dubium, quin iis detrahere, vel addere possint: detrahere, quae minus consona sunt subditorum indoli, et imperii conditioni: addere, quae publicam utilitatem, et incolumitatem augere, et fovere possunt.

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

§. 269.

An communitates, quae Principi subsunt, statuta condere possint, distinguendum est, utrum de statutis agatur, quibus singulorum civium actibus, seu negotiis legem dare velint: an de iis tantum, quibus communitates bonorum suorum administrationi, et publicae necessitati, vel utilitati prospiciunt. Posterioris generis statuta ferre potest quaelibet communitas: dummodo nihil statuatur, quod publicis legibus contrarium sit (1); quia in his potius uti videtur libera facultate cuique a natura concessa, qua rebus suis prospiciat, quam legislativam potestatem sibi asserere (2).

(1) *Sodales sunt, qui ejusdem collegii sunt . . . His autem potestatem facit lex, pactionem, quam velint, sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant. L. ult. ff. de colleg., et corporib.* (47. 22.)

(2) *Hinc potest communitas cavere, ne jumenta, vel oves in territorii bonis pascantur, quamvis forte facultatem hanc olim concessisset; quia, quod sponte permisit, pro arbitrio revocat.*

§. 270.

Diximus communitatem quamlibet statuta ferre posse in iis, quae publicam utilitatem, et bonorum administrationem respiciunt; hoc enim jus competere videtur, non tantum communitati perfectae, quae alteri universitati non subest, sed soli Principi: verum et imperfectae, quae alterius pars est, atque ab ea dependet; subjectio enim haec, impedire non potest, quin de bonis propriis libere disponat, et propriae indemnitati consulat: dummodo nihil statuat, quod superioris universitatis legibus repugnet (1).

(1) *Argum. d. l. ult. ff. de colleg., et corporib.*

§. 271.

Quod vero pertinet ad ea universitatum statuta, quibus civium actibus, et negotiis jus dicitur, communis sententia est, non aliter universitatibus hanc competere facultatem, praeterquam si eam a Principe obtinuerint, eaque a supremis Magistratibus fuerit interinata; cum enim penes Principem majestas sit, adeoque legis ferendae auctoritas, quae illius consectarium est, subditis licere non debet, eo inconsulto, nec auctorante leges ferre (1).

(1) *L. 1. ff. de constit. Princip.* (1. 4.)

§. 272.

Quaerunt interpretes, utrum facultas haec, seu approbatio specifica esse debeat, an vero sufficiat generica, qua universitati indulgeat Princeps facultatem statuta condendi. Generalis sufficere potest, maxime in antiquis, et longo usu firmatis (1): nisi forte adversentur ejusdem Principis constitutionibus, quibus derogare velle non praesumitur (2). Aliud dicendum, si Principis lex, vel recepti mores contrarium suadeant. Nec dubium, quin longe tutius, imo et convenientius sit, specialem approbationem, et facultatem a Principe obtinere; potissimum si de novis statutis condendis quaestio sit: atque ita passim observatur.

(1) *V. Reg. Const. lib.* 3. *tit.* 22. §. 15.

(2) *Argum. d. l. ult. ff. de colleg., et corporib.* (47. 22.)

§. 273.

Eadem fere ratione statutum semel a Principe probatum perpetuo vim suam exerit, donec alia lege, contrario usu, vel desuetudine abrogetur (1): quin necesse sit, ut ab

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

unoquoque Principe specialiter probetur, vel confirmetur; tum quia beneficia Principis, quae latissimam recipiunt interpretationem (§. 193.), perpetua etiam, in dubio, reputantur; tum quia mutatio voluntatis in Principe, quae numquam praesumitur (§. 127.), difficilius admitti debet in iis rebus, in quibus plerumque noxia esset publicae incolumitati.

(1) *Jus Regium ad vim statutorum unice requirit, ut a Principe quandocumque fuerint probata. Reg. Const. d. lib. 3. tit. 22. §. 15.*

§. 274.

Expendimus unam ex conditionibus, et praecipuam, quae in statutis desiderantur, ut vim legis habeant: plures adhuc sunt, quarum vel una deficiente viribus omnino statuta corruunt. Prima est, ut ab universitate legitime convocata, condita fuerint (1). Legitime ergo convocari debent administratores universitatis, pulsata campana, ut fieri solet, vel sono tubae, auctoritate Magistratus, rectorum, vel alterius superioris, vel in ejus defectum auctoritate antiquioris ex decurionibus (2): nisi forte omnes praesentes sint. Adque haec ad convocati nem pertinent.

(1) *De his plenius infra dicemus in fine hujus libri, ubi prolixe disceptabimus de universitatibus, earumque juribus.*

(2) *L. Observare 2. cod. de decurionib.* (10. 31.)

§. 275.

Altera est, ut universitas legitime fuerit congregata: ad legitimam autem congregationem superioris, seu rectoris praesentia requiritur, et judicis, vel locum tenentis: atque ut duae saltem ex tribus consiliariorum partibus adsint (1): tum et in loco publico, et solito congregati fuerint decuriones (2).

(1) *L. 3. ff. de decret. ab ord. faciend.* (50. 9.), *Thes. decis.* 257. *num.* 3., *Osasc. dec.* 39. *num.* 2.

(2) *L. ult. cod. de legationibus* (10. 63.), *l. Observare* 2. *cod. de decurion.* (10. 31.), *Thes. d. decis.* 257. *num.* 3.

§. 276.

Tertia conditio ad suffragia pertinet, quae publice, et uno actu ferri debere, vulgo tradunt interpretes (1): nisi forte omnes consentiant. Hisce servatis ratum est statutum, quod a majori praesentium consiliariorum, seu decurionum numero latum fuerit (2): ita suadente necessitate; quia perquam aegre homines plures eadem sentiunt.

(1) *Thes. d. dec.* 257. *num.* 8.

(2) *L. Quod major* 19. *ff. ad municipal.* (50. 1.)

§. 277.

Una adhuc conditio est, quae et ad statutorum perfectionem requiritur, publicatio nempe (1), ut a civibus cognosci possint; quemadmodum de legibus diximus (§. 45.). Atque haec in locis solitis, et frequentioribus fieri debet, ut ad omnium notitiam facile perveniant. Publicationem autem legitime factam praesumi, existimat Sola, si in libro statutorum cum aliis descriptum inveniatur (2).

(1) *Thes. decis.* 249. *num.* 10.

(2) *Sola in prooemio decretorum Glos.* 4. *num.* 10., *et seqq.*

§. 278.

Haec quidem ad vim statutorum sufficiunt: sed, quia saepius contingit, ut statuta desuetudine, vel contrario usu abrogentur, idcirco contingere potest, ut qui eisdem innititur, non aliter vincere possit, quam probata eorum observantia. Quin, si de statutis alterius loci agatur, non aliter fidem iis adhibendam esse definitum fuit; praeterquam si exhibeantur (1).

(1) *Thes. decis.* 141. *num.* 13. †

§. 279.

Exceptio mox traditae regulae de necessitate probandae observantiae est in ea specie, qua statutum legitimo modo fuerit publicatum, et post usu, et civium moribus receptum,

et probatum; tunc enim ex receptissima apud omnes sententia asserens non tenetur, ejus Inst. l. 1. observantiam probare, sed negans inobservantiam; cum enim tunc praesumptio sit contra tit. 2. negantem, eidem probatio incumbit (1). Imo cum una, et eadem res non debeat diverso ff. l. 1. tit. 3. jure censeri, si unius partis observantia probetur, etiam quoad reliquas justificata obser- Cod. l. 1. vantia reputabitur, nisi aliud edoceatur. tit. 14.

(1) *L. In exceptionibus* 19. *ff. de probat.* (22. 3.)

§. 280.

Varii autem modi sunt, quibus observantia probari possit, videlicet instrumentis, judicis pronunciationibus, vel testibus, qui sint aetate majores, unanimes, qui deponant de juris executione, referendo sigillatim casus, et res judicatas: vel testentur, vidisse ita observatum ab antiquioribus, licet actus, et sententiae non proferantur; nec enim necesse est, ut observantia probetur contradictorio judicio; quamquam potior haec ratio probandi est (1).

(1) *L. Cum de consuetudine* 34. *ff. hoc tit.*

§. 281.

Praeter haec ad vim statuti nihil requiritur. Valebit ergo, licet scriptum non sit, aut in statutorum libro notarii authenticum, Principis, vel universitatis inscriptio non inspiciatur, modo constet de veritate libri, et statuti observantia: maxime, si liber ille, in publico universitatis archivio custodiri soleat: si enim libri acceptorum, et expensorum in archiviis monasterii fidem faciunt in antiquis etiam contra tertios (1), potiori ratione fides est adhibenda libris statutorum in archivio communitatis servari solitis, quibus non de jure tertii, sed de publico universitatis jure agitur.

(1) *Fab. cod. de probat. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 58., *et* 61.

SECTIO II.

De Statutorum vi, et efficacia.

SUMMARIUM.

Statutorum ut et legum vis quadruplex distingui potest. Sed statuta plura singularia habent, quae legibus non conveniunt. §. 282.

§. 282.

Cum statuta legibus aequiparentur, eorum vis quadruplici etiam ratione considerari potest (§. 81.): nimirum vel in se, vel comparate ad alias leges, vel relative ad res, aut personas. Cum autem praeter ea, quae de legibus diximus, et statutis aeque conveniunt, plura sint singularia, quae ex speciali statutorum indole profluunt; idcirco duobus articulis de statutorum vi disseremus: in quorum primo inquiremus, quae sit vis statutorum in se, vel prae aliis legibus. In altero expendemus, de quibus rebus statuta ferri possint, quaeve personae eorum sanctionibus subjiciantur.

ARTICULUS I.

De vi, et efficacia Statutorum in se, et comparate ad alias leges.

SUMMARIA.

Statuta legum exemplo obligant in foro externo, et interno. Nullum est, quod contra ipsorum sanctionem fit una cum accessionibus; nisi juri communi, vel generalibus imperii legibus adversentur, nec habeant decretum irritans. §. 283.

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

Statutis propter publicam utilitatem latis, non potest, renunciari: potest iis, quae privato bono prospiciunt. Excipiuntur personae infirmi consilii. §. 284.

Contrahentes, et testatores tenentur, se conformare statutis prohibitoriis: non vero disponentibus, vel permissivis. §. 285.

An prohibentia sint, an disponentia tantum, vel permissiva, singula verba pensanda sunt, et statuentium mens inspicienda. Prohibitorium censetur statutum, quod cavet, ut muliere sine liberis decedente vir lucretur; *habeat dotem, vel ejus partem.* §. 286.

Si statutum utatur verbo succedat, pertineat *successio, disponens dicitur, non prohibitorium.* §. 287.

Testator in dubio censetur, se conformare statuto domicilii etiam quoad bona alibi sita, si tamen leges alterius loci non repugnent. §. 288.

Qui nullum testamentum condidit, non videtur, se conformasse statuto sui domicilii. Sed successio defertur juxta leges cujusque loci, ubi sita sunt bona. §. 289.

Statuti dispositio non praevalet legi naturali: praevalet juri communi. Quid si adversetur generalibus imperii legibus? §. 290.

§. 283.

Cum omnes consentiant, statutis eandem inesse vim, ac legibus; utpote quia statuta vel ab ipso Principe suprema potestate praedito ferantur, vel ejus nomine ab universitatibus, consequens est, statuta legitime condita non tantum in foro externo, sed et in interno obligare (§. 83.); quin intersit, utrum poenalia sint, nec ne (§. 84.): tum et nullum esse, quidquid contra ipsorum verba, vel sententiam fit (§. 85.); quamvis jusjurandum accesserit, cum actus favore publicae utilitatis prohibetur (§. 96.): vel etiam contra transgressorem poena praestituta sit (§. 101.): nisi a statuto remedium suppeditetur, quo rescindatur actus contra ejus sanctionem celebratus (§. 86.); vel nominatim requirat actus rescissionem (§. 87.). Quamquam, si statutum generalibus imperii legibus, vel juri communi contrarium sit, quia tunc strictam recipit interpretationem, non aliter actus ab eo prohibitus nullus erit ex communi opinione, quam si decretum irritans expresse, vel tacite adjectum fuerit, seu, ut loquuntur veteres pragmatici, nisi statutum procedat annullando.

§. 284.

Si autem quaeratur, utrum statutis renunciari possit mutuo consensu, distinguendum est, an statuta publicam utilitatem respiciant, an privatam. Prioris generis statutis renunciari non potest; quia privatis non est concedendum, ut publicum bonum antevertant (§. 88.): potest vero posterioribus; quia cuique licet juribus pro se introductis renunciare (§. 89.): nisi de personis agatur infirmi consilii, quibus vetitum, ne sibi suo consensu noceant (§. 90.)

§. 285.

Huic affinis est alia quaestio, utrum contrahentes, vel testatores teneantur, vel censeantur, statuti dispositioni se conformare. An teneantur, distinguendum est inter statuta prohibitoria, et disponentia, vel permissiva. Prohibitoriis tenentur se conformare. Hinc non licet conjugi legare, si legata haec jure municipali prohibeantur; neque enim legum vis a privatorum potestate dependet. A disponentibus vero, et permissivis potest, libera voluntate recedi. Sane, quamvis leges intestati hominis successionem proximioribus consanguineis deferant, nihil vetat, quominus testamento condito alii ad successionem vocentur.

§. 286.

Haec quidem certissima sunt, et ab omnibus admittuntur. Sed saepe contingit, ut obscura sint statutorum verba, nec facile cognosci possit, utrum disponentia tantum sint, an et simul prohibitoria. Diligenter ergo singula pensanda sunt verba, et praecipue statuentium mens. Finge, ut exemplo res clarius innotescat, hisce verbis concipi statuti sanctionem: *muliere decedente sine liberis vir dotem lucrabitur*: disponens videtur hu-

hjusmodi statutum, si cortex verborum inspiciatur. Perpensa tamen statuentium mente tacitam prohibitionem continere, non immerito defenditur; ne mulier aliter de dote sua disponat, quam statuto caveatur; quod succedendi modum praefiniens, eo ipso prohibet, ne alia successionis ratio inducatur. Atque ita a Senatu definitum (1). Potiori ratione prohibitorium dicitur statutum, quod utitur verbo: *habeat* maritus, vel mulier reliuquere *teneatur* (2).

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

(1) *Thes. decis.* 34. *num.* 1., *et* 2. ✝ *Osasc. dec.* 20.
(2) *Thes. d. num.* 2. ✝

§. 287.

Sed si statutum utatur verbo: *succedat*, vel *pertineat successio*, tunc potest testator ab ejus dispositione recedere; in hac enim specie non videtur necessitas imposita, sed tantum praefinitus modus, quo, deficiente testatoris voluntate, deferri hereditas debeat (1).

(1) *Thes. d. decis.* 34. *num.* 1.

§. 288.

In altera quaestione, utrum quis censeatur statuto se conformasse, regula generalis est, nisi de testatoris voluntate certo constet, in dubio neminem praesumi a dispositione proprii statuti recessisse: non tantum quoad bona in loco domicilii constituta, sed et quoad alia; quisque enim existimandus est potius agere secundum jura, quae ipsi cognita sunt, quam secundum ea, quae ignorat: et ex naturali charitate, qua patriam, et omnia, quae ibi sunt, prae aliis diligit, potius morem regionis suae sequi voluisse, quam alterius (1). Praesumptio autem haec necessario cessat, cum contrariae vigent leges in locis, ubi bona sunt constituta, quibus nec expressa voluntate renunciari, vel contradici possit.

(1) *L. Semper in stipulationibus* 34. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 289.

Cavendum quoque, ne tacitae hujus voluntatis praesumptio ad eum referatur, qui nullum omnino condidit testamentum: ubi enim nihil actum est, nullum esse potest sufficiens argumentum, quo praesumptio innitatur. Quare, si quis intestatus decedat, ejus successio non in totum secundum proprii domicilii leges deferetur, sed diversa ratione pro varietate statutorum, ubi bona reperiuntur; ex eo enim, quod nullum condidit testamentum, potius existimandus est testator, voluisse, ut leges locorum in successione serventur; alioquin contrarium statuisset.

§. 290.

Si statuti definitio in aliam legem impingere videatur, quae naturalis sit, nemini dubium, quin primum locum obtinere debeat naturae lex (§. 104., et seqq.). Si autem lex municipalis juri communi adversetur, vincet illa; nisi Princeps aliter statuat; utpote quia jus commune, seu Romanum ex libera Principis voluntate vim legis habet (§. 146. D.). Demum, si statutum alicujus universitatis legibus a Principe latis contrarium sit, subsistet, vel viribus corruet, prout Principi placuerit (1) Caeterum in dubio Princeps non censetur, per generales constitutiones singularibus locorum statutis derogare; nisi ex ejusdem consilio, vel praegnantibus verbis aliud eruatur (§. 127.).

(1) *Apud nos statuta, quae a Regiis sanctionibus dissentiunt, nullius roboris sunt. Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 22. §. 15.

ARTICULUS II.

De Statutorum vi quoad res, personas, et solemnitates.

SUMMARIA.

Proponuntur sex quaestiones in hoc articulo expendendae. §. 291.

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

Statuta plerumque futuris tantum negotiis legem dant: de quacumque re ferri possunt. §. 292.

Hinc statuta possunt minuere legitimam ex justa caussa, auferre testandi facultatem parentibus favore filiorum: sed non prohibere, quin civis pro forensi fidejubeat. §. 293.

An statuta extendantur ad res, personas, et solemnitates, extra territorium, hinc inde disputatur. §. 294.

Statuta cujuscumque generis, sive realia, sive personalia, sive mixta summo jure inspecto extra territorium statuentium vires suas non exerunt. §. 295.

Omnes consentiunt, statuta realia non egredi territorium. De personalibus, et mixtis quidam aliter sentiunt. §. 296.

Si subditus contrahat, vel testetur extra territorium de bonis in territorio sitis, statutis territorii subjicitur. Aliud dicendum de bonis alibi sitis. §. 297., et 298.

Statuentes nec directam, nec indirectam potestatem habent in bona in alio territorio constituta; nec subditus extra territorium statuentibus subjcitur. §. 299.

Romano quidem jure Magistratus sanctiones personam ubicumque afficiebant: sed ex Principis voluntate, et quidem tantum in singularibus quibusdam speciebus. §. 300.

Nec magis absurdum est, toties mutari statutum, quot loca sunt, quo quis pergit, vel in diversis locis diverso jure censeri; quam successionem duplici jure deferri, et defunctum multiplicem hominem reputari. §. 301.

Potest judex domicilii subdito prohibere, ne quid faciat circa bona alibi sita sub poena executioni mandanda in bona territorii. §. 302.

Idem obtinet summo jure de mixtis: ut in solemnitatibus testamenti pro bonis sitis in territorio. §. 303.

Absurdum non est, idem testamentum diverso jure censeri, aut plura condenda esse testamenta: ut nec plures censeri hereditates, multiplicem hominem pro diversitate locorum. §. 304.

Sed ex comitate, ut tollantur gravia incommoda, communi populorum consensu receptum est, ut sufficiat servare solemnia loci, ubi actus celebratur. §. 305.

Nisi singulari ratione aliud cautum sit, vel in fraudem quis alio se conferat. §. 306.

Si quis adhibeat solemnitates loci, ubi bona sunt, neglectis iis, ubi contrahit, sustinendus actus videtur. §. 307., et 308.

Forenses non ligantur statutis in personam conceptis, sed adstringuntur realibus. §. 309.

Hinc leges municipales, quae mulierem prohibent, ne testetur in damnum filiorum, eam tenent, quamvis alibi nubat, pro bonis, quae in territorio habet. §. 310.

Si forenses contrahant in loco statuti, ejus solemnitates servare debent pro bonis ibi sitis, etiamsi statutum conceptum sit in personam: non vero pro bonis alibi positis. §. 311.

An forenses gaudeant beneficio statuti, duplici sensu intelligi potest. §. 312.

Forenses, seu qui alibi domicilium habent, gaudent beneficio statuti, ubi bona sunt, maxime si conceptum sit in rem: exemplum est in statuto foeminarum exclusivo favore agnatorum, sive agnati forenses sint, et foemina civis, sive contra, sive omnes forenses sint. §. 313., et 314.

Exceptio est in bonis mobilibus, quae ibi esse finguntur, ubi defunctus morabatur adeoque subsunt legibus illius loci. §. 315.

Actiones ad res mobiles, quia inter mobilia recensentur, mobilium jure reguntur: si ad res immobiles referantur, immobilium legibus subjiciuntur. § 316.

Quae de mobilibus diximus obtinent ex aequitate, et juris fictione, quae ob publicam utilitatem cessare potest. Exemplum in statuto frumenti exportationem prohibente. §. 317.

Variant locorum leges in hac materia: quae alicubi mobilia reputantur, alibi immobilibus annumerantur, et viceversa. Consectarium. §. 318.

Statutum exclusivum foeminarum favore agnatorum non obtinet pro bonis alibi sitis, quamvis eas inhabiles declaret ad succedendum; vel pars major bonorum sit in territorio statuentium, vel Princeps statutum confirmaverit. §. 319., *et* 320.

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

Forensis uti non potest beneficio statuti sui domicilii, quod contrarium sit statuto territorii, ubi bona sunt constituta. Hinc successio duplici jure defertur. §. 321.

In dote attenditur statutum mariti, licet alibi conscriptum sit instrumentum: nisi aliter convenerit. §. 322.

Statutum deferens lucrum dotis marito, mortua muliere sine liberis, non extenditur ad liberos forenses, quos mulier ex primo matrimonio habuerit. §. 323.

§. 291.

In hoc articulo, ut ejus inscriptio demonstrat, tria investiganda sunt. 1. De quibus rebus ferri statuta possint. 2. Quae personae statutorum sanctionibus subjiciantur. 3. Cujus loci solemnitates servare debeant contrahentes, vel testatores. Quod ad res pertinet, duplex adhuc institui quaestio potest. 1. An eadem sit vis statutorum, ac legum adeoque an valeant statuta de rebus cujuscumque generis lata. Altera, an statuta vires exerant, non tantum pro rebus in territorio constitutis, sed et pro iis, quae alibi sita sunt. Quoad personas vero inquiritur, utrum qualitas personae a statuto indicta eam ubicumque comitetur: puta an qui in uno loco minor reputatur, ubicumque pro tali habeudus sit. Demum quoad solemnitates contractuum, vel ultimarum voluntatum duo quaeruntur 1. An subditi teneantur, statuta domicilii servare non tantum, cum in territorio commorantur, sed et cum in alio territorio sunt. 2. Utrum alterius territorii incolae aliquando teneantur, servare statuta, si in ejus loco bona possideant. Atque his adjungi potest tertia quaestio; an quis beneficio statuti alterius territorii aliquando gaudere possit.

§. 292.

Praetermittimus, statuta futuris tantum, non praesentibus, aut praeteritis negotiis formam dare (§. 114.): nisi ita singulari aliqua ratione decernatur, vel posterius statutum prius declaret (§. 115.); aut prioris statuti accessiones respiciat (§. 116.) potius inquirimus, an quaedam sint res, de quibus ferri statuta nequeant. In hac autem quaestione generalis regula a pragmaticis tradi solet, statutorum vim nullis limitibus circumscribi, dummodo rationabilem caussam contineant; nec immerito; quia statutorum eadem vis est, ac legum (§. 283.).

§. 293.

Hinc colligunt, posse per statutum minui legitimam, licet aliud statuat jus commune; dummodo justa ratione nitatur; puta ut agnatio, et familia conservetur; et filii aliunde habeant, unde vivant (1): posse etiam in totum adimi testandi facultatem, si favor filiorum ita suadeat (2). Contra definitum fuit, non valere statutum Taurini in ea parte, qua civibus prohibet, ne pro forensibus fidejubeant; quia commerciorum utilitati adversatur (3).

(1) *Fab. cod. de leg., et const. Princ. lib.* 1. *tit.* 5. *def.* 6.

(2) *Thes. decis.* 269. *et quaest. forens. lib.* 1. *quaest.* 91., *ubi de statuto Fossani disponente, quod mulier habens filium, vel filios non possit facere, nec modo aliquo ordinare cum testamento, vel codicillis, quin ejus filii ei succedant in totum.*

(3) *Thes. decis.* 166. *num.* 8. †

§. 294.

De his quidem vulgo consentiunt interpretes, si res in territorio statuentium sitae sint: ut et de personis conveniunt, quae domicilium habeant, et commorentur in loco statuentium jurisdictioni subjecto; atque de solemnitatibus, quamdiu contrahentes, vel testatores in territorio commorantur, et de rebus disponunt ibidem sitis. Sed si res extra

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

territorium sit, persona alibi domicilium habeat, vel etiam fortuito inveniatur, subditus extra territorium contrahat, vel testetur, potissimum de bonis alibi sitis; cum praesto non sint leges civiles, ita in contrarias scinduntur opiniones, ut, vix quidquam certi statui posse, videatur. In hac sententiarum varietate ratione duce, et generalibus juris principiis trademus, quae certiora videntur, atque ea praecipue, quae usu in foro recepto sunt comprobata.

§. 295.

Primo igitur constituimus cujuscumque generis statuta, sive in rem concepta sint, sive in personam, sive de solemnitatibus disponant, extra territorium statuentis summo jure non obligare (1); cum enim statutorum vis a legislatoris potestate pendeat, quae limitibus sui territorii continetur, perspicuum est, eum, cogere non posse alterius ditionis, vel territorii incolas, ut legibus suis pareant, nec eorum rebus, vel actibus jus dicere ob defectum jurisdictionis (2).

(1) *Extra territorium jus dicenti impune non paretur. L. ult. ff. de jurisdict.* (2. 1.)

(2) *Nam Magistratus superiore, aut pari imperio nullo modo possunt cogi. L. 4. ff. de recept., qui arbitr. recep.* (4. 8.)

§. 296.

De realibus statutis communiter recepta opinio est, extra territorium vires suas non porrigere, et merito; nullum enim omnino fundamentum est, quo talis extensio innitatur, quia nulla fingi potest ratio, qua potestati statuentium subjiciantur. Sed plures sunt, qui aliud de personalibus sentiunt eo moti argumento, quod, cum qui ratione personae alicujus imperio subditus est, subjectionem illam exuere nullatenus possit; adeoque nec se a legum observatione eximere (1). Hinc, legitimatum, minorem, vel majorem, ubique locorum pro tali habendum esse existimant, in iis etiam locis, ubi major, vel minor aetas requiritur. Idem de statutis sentiunt, quae solemnitates actuum respiciunt. Alii idem judicium ferendum esse contendunt de personalibus, et mixtis, ac de realibus ex jam allatis argumentis.

(1) *Prohibitoriis, et in personam conceptis subditos extra territorium existentes adstringi supra ex Fabri sententia tradidimus* (§. 163., *et seqq.*).

§. 297.

Verum conciliari invicem possunt contrariae istae opiniones, si distinguamus, utrum persona extra territorium constituta, contrahere, vel testari velit de bonis in domicilii territorio sitis, an de bonis, quae extra illud sunt; itaut in primo casu nullus sit contractus ab eo, qui juxta domicilii leges minor adhuc reputatur, quamvis alibi, ubi contraxit, major, et libera rerum suarum administratione praeditus reputetur, saltem si in loco domicilii judicium instituatur (1). Ratio est, quia in hac specie statuentes propriam tuentur jurisdictionem, non alienam invadunt; potius enim in bona auctoritatem hac ratione exercent, quam in personam.

(1) *Thesaur. quaest. forens. lib. 2. quaest. 4. num. 13., et 14.* †

§. 298.

Sed, si de obligatione personali quaestio sit, vel reali quidem, sed exercenda in bona extra territorium statuentium constituta, nulla apparet ratio, qua horum jurisdictio ad ea protrahatur, cum certum apud omnes sit, in bonis, cujusque loci statuta, ubi sita sunt, attendenda esse (1).

(1) *Thes. quaest. for. lib. 2. quaest. 5. num. 7.*

§. 299.

Neque regeratur, statuentes nullam quidem habere jurisdictionem in bonis alibi sitis, si de directa loquamur, sed nihil impedire, quominus per consequentiam potestatem suam ad ea extendant, quatenus in ejus dominio sunt qui ipsorum subest imperio; nam praeterquamquod licere non debet, directam alterius universitatis jurisdictionem in bona

turbare, atque evertere, ut locus detur indirectae, certum est, secundum Romani juris principia, communi populorum consensu probata, nullam competere potestatem in subditos, statimatque statuentis fines egressi sunt (1).

Inst. l. 1 tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

(1) *D. l. ult. ff. de jurisdict.* (2. 1.)

§. 300.

Opponunt adhuc, etiam Romano jure inspecto, Magistratus sanctiones personam, ubicumque sit, afficere, itaut infamem ubique comitetur infamia (1), tutoria qualitas se extendat ad pupilli bona, ubicumque sint constituta (2). Sed hic de potestate Principis non quaerimus, utrum jubere possit, ut unius universitatis decreta generalem in suo imperio vim habeant; quod sane nemini dubium est: quo factum, ut sententiae, vel decreta Romanorum Magistratuum in singularibus quibusdam caussis, ex Imperatoris placito, vim in toto imperio obtinerent, retenta in caeteris generali regula, qua par in parem nulla uti potest jurisdictione (3). Sed contendimus, seclusa hac summi imperantis voluntate, qualitatem personae a statuto impositam eam extra territorium non comitari, ita ut judex alterius loci, non secundum illius leges de personae statu judicare, debeat, sed ex juribus in proprio loco receptis.

(1) *Argum. l. Ex ea caussa* 9. *ff. de postulando* (3. 1.).

(2) *L. Propter litem* 21. §. *Licet datus* 2. *ff. de excusat.* (27. 1.)

(3) *L. Nam Magistratus* 4. *ff. de recept., qui arbitr. recep.*, (4. 8.) *l. Ille, a quo* 13. §. *Tempestivum* 4. *ff. Ad Senat. Consult. Trebell.* (36. 1.), *l. Cum unus* 12. §. 1 *ff. de reb. auctorit. jud. possid* (42. 5.)

§. 301.

Neque absurdum est, sicuti clamant adversarii, quod in quot loca quis iter facit, toties statum mutet: atque uno eodemque tempore hic sui juris, alibi alieni sit: in uno loco major habeatur, in alio minor; nam, praeterquamquod majus esset absurdum, si alterius territorii judici necessitas imponeretur, approbandi alterius decretum, cui ipse non subest, atque de incolae conditione ex alterius placito jus dicere, maxime ratione rerum, quae ibi sitae sunt, ubi ipse jurisdictionem exercet, nihil impedit, quominus diverso jure pro locorum varietate eadem persona censeatur; sicuti non refragatur juris ratio, quin successio duplici jure deferatur, itaut tot fingantur successiones, quot sunt territoria, in quibus sita sunt bona defuncti, et defunctus ipse multiplex homo existimetur (1); haec enim naturali rationi nullatenus repugnant, et communiter probantur.

(1) *Thes. quaest forens. lib.* 2. *quaest.* 5. *num.* 4. *in fine* †.

§. 302.

Addimus, posse judicem domicilii, prohibere subdito suo, ne quaedam faciat circa res in alieno territorio sitas, vel etiam ibi quosdam gerat actus: puta ne ibi alterum subditum in jus vocet, cauponam exerceat, quasdam res vendat (1), poena constituta, in cum executioni demandanda, si revertatur; vel saltem in bona, quae in loco domicilii reliquit, si absens sit; quippe in hoc casu jurisdictionem tantum exercet in bona, atque in personam eo tempore, quo ipsi subjecta est.

(1) *L. Non solum* 2., *l. Mercatores* 4. *cod. de commerc. et mercat.* (4. 63.)

§. 303.

Quod de statutis realibus, et personalibus diximus, idem evincunt dicendum de mixtis statutis allata rationum momenta: ex quo sequitur, summo jure inspecto ratas habendas non esse dispositiones extra territorium celebratas adhibitis ejus loci solemnitatibus, neglectis vero iis, quas loci leges, ubi res constitutae sunt, expostulant. Sed, ut res clarius elucescat, fingamus, incolam ejus regionis, ubi septem testium numerus ad testamenti solemnitatem, et vim requiritur, ibi testari, ubi duo testes forte sufficiant; nulla afferri congrua ratio potest, cur domicilii judex fidem adhibere debeat testamento a duobus tantum testibus alienigenis subscripto, cum non fideret pari testium incolarum

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

numero, quamvis probatissimae fidei essent. Sane cum domicilii judex possit, quam vult legem dicere rebus in suo territorio constitutis, cur non licebit, statuere ut non aliter de illis rata sit dispositio, quam si praescriptae ab ipso solemnitates fuerint observatae?

§. 304.

Neque absurdum dicatur, unum idemque testamentum diverso jure censendum esse, itaut hic valeat, alibi irritum sit: vel plura ab eodem condenda esse testamenta; nam non magis haec naturali rationi repugnant, quam plures pro diversitate locorum censeri, et hereditates, et successiones, aut eundem hominem multiplicem reputari: quae tamen communiter recepta sunt (§. 301.)

§. 305.

Verum, quia nimis grave esset, testamenta, vel contractus multiplicare pro numero regionum, in quibus bona reperiuntur, diverso jure circa solemnitates utentium; et praecipue, quia saepius eruditi ipsi nesciunt, quae in unoquoque loco actus solemnitates praescribantur; et ita juris patrii ignaris alibi contrahentibus, vel disponentibus vix suppetit via, qua de propriis legibus edoceantur, communi fere omnium populorum consensu receptum, ut ad actus validitatem sufficiat, adhibuisse solemnia, quae exigunt jura loci, in quo actus geritur, itaut vim habeat, quoad bona, tum mobilia, tum immobilia, quamvis in iis constituta locis, quibus majores desiderantur solemnitates (1): saltem si de solemnitate principaliter agatur, non de persona (2).

(1) *Voet de statut. num. 13., ubi ita in praxi servari apud Belgas, Germanos, Hispanos, Gallos, aliosque populos ex cujusque gentis auctoribus demonstrat. Distinguit tamen Thes. quaestio. forens. lib. 2. quaest. 8. num. 14., utrum conctractus fiat de bonis sitis in territorio statuentium, an de aliis: itaut in prima specie servandae sint solemnitates a statuto loci praescriptae, ubi bona sunt: non autem in alia.*

(2) *Fab. cod. de leg., et constit. Princ. lib. 1. tit. 5. def. 5.; atque cum hac distinctione conciliari invicem possunt Thesaurus, et Faber.*

§. 306.

Excipiendi ab hac regula sunt casus, quibus aliter praescribat statutum, singularibus forte rationibus; vel quis in alium locum consulto se transferat, ut a solemnitatibus proprii territorii se eximat: veluti ut chartae sigillatae onera fraudet (1); nemini enim prodesse fraus sua debet.

(1) *Thesaur. ibid. num. 14.*

§. 307.

Sed quid dicendum, si quis insuperhabitis loci solemnibus, in quo contrahit, vel testatur, adhibuerit ea, quae in loco, ubi bona sita sunt, forte minora praescribuntur? Dissentiunt in hac quaestione interpretes. Æquior videtur eorum sententia, qui actum sustinendum existimant; cum enim quis duplici modo subditus esse possit, scilicet ratione originis, et domicilii, nulla afferri congrua ratio potest, cur denegetur ei, qui alibi contrahit, facultas servandi ejus loci leges, in quo bona possidet (1).

(1) *Thes. d. lib. 2. quaest. 8. num. 10.*

§. 308.

Neque ex eo, quod receptum sit, valere actum gestum juxta leges loci, quamvis majores solemnitates ibi praestitutae sint, ubi bona reperiuntur, inferri potest, contrahentem cogendum esse, ut iis se conformet; iniquus enim videretur judex, qui dispositionem secundum proprias suas leges celebratam ea dumtaxat ratione irritam declararet, quod in alieno territorio celebrata sit.

§. 309.

Quod ad forenses pertinet, generalis regula est, non obstringi statutis, quae in personam concepta sunt (1); quia in eos nullam habent jurisdictionem statuentes (§. 169.); realibus autem, seu in rem conceptis eos ligari, certissimum est, pro bonis in territo-

rio statuentium sitis; quippe in haec statuentibus jurisdictio denegari non potest. (§ 168.) Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

(1) *Hinc si statutum facultatem concedat debitori solvendi de bonis immobilibus melioribus ad aestimationem, et creditor statuto non subjiciatur, quia alterius loci incola sit, cogi nequit, ut immobilia pro pecunia accipiat.*

§. 310.

Hinc non dubium, quin leges municipales, quae mulierem prohibent, ne testetur in dispendium filiorum, quibus omnia bona sua relinquere praecipitur (1), eam adhuc adstringant, quamvis mortuo primo conjuge alibi nubat, si modo in loco prioris matrimonii bona reliquerit; quia, licet ratione domicilii statuentibus subjecta esse desinat, pergit eorum legibus subjici ratione bonorum, quae ibi reliquit.

(1) *Statutum Fossani ita disponit favore filiorum. V. Thes. dec.* 269., *et lib.* 1. *quaest.* 91. *Quod si mulier legitimis ex caussis a viro diverterit, et moriatur in loco originis, quoad dotem, cujus restitutionem occasione divortii obtinuit, libere disponet, quin ligetur statuto; quia nulla est ratio, qua statuto subdita dicatur. Sed si species proponatur de muliere nupta civi ejus loci, cujus statuto mater a successione filii repellitur, si maritus alibi degat, mater non excluditur a successione filii nati extra locum statuti; quia, cum odiosa sit hujusmodi exclusio, utraque subjectio originis, et bonorum requiritur in filio, ut locus fiat statuto.*

§. 311.

Si autem de statutis mixtis quaestio sit, distingui debet, utrum forenses contrahant in loco statuti, an in loco domicilii. Si in loco statuti contrahant, non dubium, quin praescriptas ab eo solemnitates servare teneantur pro bonis ibi sitis: quin intersit, utrum statutum conceptum sit in rem, an in personam (1); in hac enim specie duplex concurrit subjectio, alia ratione bonorum, alia ratione contractus, qui ibidem celebratur. Pro bonis autem alibi sitis, quamvis forte magis opportunum sit, etiam solemnitates loci, in quo contrahitur, observare. non tamen est necessarium (§. 307.). Quod si forenses extra territorium statuentium contrahant, vel testentur, juxta regulas supra traditas (§. 305.) sufficiet, servare loci solemnitates.

(1) *Thes. quaest. forens. lib.* 2. *quaest.* 8. *num.* 10.

§. 312.

Postquam perpendimus, an, et quousque statutis locorum subsint forenses, inquirendum est, an, et quousque statutorum beneficio gaudeant. Duplex esse potest hujus quaestionis inspectio: vel enim quaeritur, an illi, qui alibi domicilium habent, uti possint beneficio statuti illius loci, in quo sita sunt bona: vel quaeritur, an quis gaudeat beneficio statuti proprii domicilii, quamvis contrarium sit statuto loci, ubi bona reperiuntur.

§. 313.

In prima specie certum est, forenses gaudere beneficio statuti, maxime si conceptum sit in rem; quia tunc statutum non personas, sed res potius considerat, quae statuentium imperio subjiciuntur. Quare, si disponat, ut extantibus masculis foeminae a successione excludantur, forensibus prodest, itaut masculus non subditus excludat foeminam in loco statuti commorantem (1). Imo nec referre definitum. utrum, in successionum materia, statutum conceptum sit in rem, an in personam; quia possessio bonorum in hac materia principaliter consideratur a statuentibus; licet forte verborum cortex alio referri videatur (2).

(1) *Thes. dec.* 106. *in fine* †, *et quaest. for. lib.* 2. *quaest.* 4. *num.* 2. 3. 4. †.

(2) *Thes. quaest. forensium lib.* 2. *quaest.* 4. *num.* 7. 8., *et* 14. †.

§. 314.

Quae autem de beneficio statuti diximus, obtinent in successione, sive agnati cives sint, et foemina exclusa forensis, sive omnes succedentes siut cives, et solus defunctus

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

forensis: sive tum agnatos, tum foeminam, tum defunctum forenses ponamus (1). Potiori ratione, si defunctus quidem, et foemina forenses proponantur, agnati vero sint cives (2); quia, ut jam saepius monuimus, hic non personarum qualitas attenditur, sed bonorum.

(1) *Thes. d. quaest. 4. num.* 18. 19. 20., *et* 22.
(2) *Thes. ib. num.* 21. †.

§. 315.

Sed haec ex communi doctorum sententia limitantur, cum de mobilibus agitur: vulgo quippe traditur in successionibus, contractibus, atque aliis actibus mobilia, ubicumque reperiantur, regi domicilii jure, non loci illius, ubi naturaliter sunt constituta: quod ea innititur juris fictione, seu melius dixerim, praesumptione, qua dominus velle censetur, ut bona sua mobilia, quia facile de loco in locum transferuntur, et vix commodum afferunt, nisi penes dominum sint, ibi esse intelligantur, ubi ipse domicilium fixit. Hic ergo servanda sunt statuta domicilii; quia potius inspicitur animus, et destinatio domini (1).

(1) *Thes. quaest. forens. lib.* 2. *qu.* 5. *num.* 15.

§. 316.

An idem affirmandum sit de nominibus debitorum, et actionibus, non aeque conveniunt juris interpretes. Alii affirmant, ea moti ratione, quod actio personae cohaereat, ibique esse fingatur, ubi creditor est. Alii distinguunt inter actiones, seu jura realia, atque personalia; itaut, quia realia immobilibus bonis accenseri solent, immobilium jure regi debeant: personalia contra, quia inter mobilia reputantur, iisdem, quibus caeterae res mobiles, legibus subjicienda defendunt (1).

(1) *Thes. d. quaest.* 5. *num.* 16.

§. 317.

Verum, cum haec, quae de mobilibus diximus, non ex summo jure obtineant, sed potius ex aequitate, et comitate, hactenus tantum executioni poterunt demandari, quatenus publica loci utilitas, in quo mobilia bona sita sunt, non postulabit, ut aliud servetur; cessante enim tunc juris fictione, nec refragante domini praesumptione mobilia subjicientur legibus loci, in quo vere sunt. Finge alicubi constitutum, ne frumenta exportentur; quia penuria ibi laboretur: vel etiam generaliter vetitum, ne prius extrahi frumentum possit, quam necessaria rei frumentariae copia respublica instructa sit: sane non licebit forensibus, prius frumenta ad domicilii locum transferre (1) quamvis ita domicilii judex fieri juberet.

(1) *Fab. cod. de legib., et constit. Princ. lib.* 1. *tit.* 5. *def.* 2.

§. 318.

Adde, ut infra dicemus, variare locorum leges in hac materia: itaut quae hic mobilibus accensentur, illic inter immobilia recenseantur, et vice versa; sic apud nos definitum, pecunias penes campsorem, et argentarium, ut et pecunias montium, et census, qui, ex fundiariis praediis percipi solent, inter immobilia enumeranda esse (1); cum tamen annui reditus in Hollandia mobiles judicentur (2). Quare, ut regulae generali locus sit, qua mobilia loci lege, ubi dominus domicilium habet, regenda asseruimus, duo omnino requiruntur: 1. Ut publica suadente utilitate aliud non sit constitutum, ubi vere mobilia sunt. 2. Ut in utroque territorio res, de quibus quaeritur, mobiles censeantur.

(1) *Thes. d. quaest.* 5. *num.* 16.
(2) *Voet in pandect. lib.* 1. *tit.* 4. *part.* 2. *de statut. num.* 11. *in fine.*

§. 319.

Caeterum ex hactenus traditis satis patet, statutum, quod foeminas excludit favore agnatorum, non obtinere pro bonis alibi sitis; tum quia, quamvis favorabile sit agna-

tionis contemplatione, odiosum tamen est ratione exclusionis (1); tum quia statuentes super bonis, de quorum successione agitur, nullum jus habent.

(1) *L. Cum quidam* 19. *ff. de lib., et posthum.* (28. 2.), *Thes. quaest. forens. lib.* 2. *quaest.* 5. *num.* 4.

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

§. 320.

Neque aliud ferendum est judicium, etiamsi statutum foeminas expresse inhabiles ad succedendum declararet, et redderet (1): aut major bonorum pars in statuentium territorio esset constituta (2); vel Princeps statutum confirmasset, qui utriusque territorii dominus est; inhabilitas enim a statuto inducta ad ea bona extendi nequit, in quae statuentes nullam habent jurisdictionem: neque hic ulla ratio connexionis est, qua major pars trahat ad se minorem; confirmatio autem eo tendit, ut statutum vim habeat, non ut extra suos terminos porrigatur.

(1) *Thes. d. loco num.* 11.

(2) *Thes. ibid. num.* 12.

§. 321.

In altera quaestione, utrum forensis uti possit statuto loci proprii, quod contrarium sit statuto territorii, ubi bona sita sunt, generaliter negandum est. Si ergo fingamus in Gallia statutum, quod ad successionem solos admittat agnatos, cognatis exclusis: atque bona defuncti partim ibi, partim alibi reperiantur, ubi cognati admittuntur, qui apud hos sunt cognati, eam bonorum partem adquirent, quae ibi sunt constituta: atque ita ex duplici jure hereditas transmittetur. Ratio jam toties decantata est, quod statuentes nulla potiuntur jurisdictione in bona alibi sita (1).

(1) *L. ult. ff. de jurisdictione.*

§. 322.

Duo hic addenda putamus. Primum est, ubi de dote agitur, viri statutum attendendum esse, non mulieris, licet ibi dotale instrumentum conscriptum sit (1); potius enim locus spertandus est, ut eleganter ratiocinatur Ulpianus, in quo et maritus jam domicilium habet, et mulier est habitura (2): quod tamen ita intellige, nisi aliter inter conjuges convenerit, ut conveniri potest (3).

(1) *Thes. dec.* 106. *num.* 3.

(2) *Exigere dotem mulier debet illic, ubi maritus domicilium habuit, non ubi instrumentum dotale conscriptum est; nec enim id genus contractus est, ut, eum locum spectari, oporteat, in quo instrumentum dotis factum est, quam eum, in cujus domicilium, et ipsa mulier per conditionem matrimonii erat reditura. L. Exigere* 65. *ff. de judiciis.* (5. 1.)

(3) *Thes. d. dec.* 106. *num.* 5.

§. 323.

Alterum est, statutum, ex cujus sanctione maritus filiis non extantibus dimidiam dotem, vel aliam partem lucratur, si ex primo matrimonio cum alio viro mulier liberos susceperit, odio filiorum forensium non extendi, quemadmodum fuit a Senatu definitum (1); quamvis enim certa regula sit, statutum hoc vires suas exercere etiam liberis ex priore matrimonio existentibus, dummodo cives, seu municipes sint, et ita contra jus commune (1) majorem portionem secundo viro tribuat, quam liberis prioris matrimonii; et statuti vis generaliter complectatur quascumque personas pro bonis in territorio statuentium sitis; tamen ab hac regula generali placuit, in hac specie recedendum; quia statuti definitio nimis adversa videtur juri civili, et naturali charitati, qua parentes, filiis suis potius prospicere debent, quam alteri conjugi; maxime cum maritus ex dote lucrum quaerere non debeat, sed tantum subsidium ad onera matrimonii sustinenda (2).

(1) *Thes. quaest. for. lib.* 2. *quaest.* 6. *num. ult.* †.

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod l. 1. tit. 14.

(2) *Quod continetur in l. Hac edictali* 6. *cod. de secund. nupt.* (5. 9.)
(3) *L. Dotis fructum* 7., *et passim*, *ff. de jure dotium.* (23. 3.)

SECTIO III.

De interpretatione Statutorum.

SUMMARIA.

Stricte sunt interpretanda statuta, nec extendenda, si adversentur juri communi, ex quo explicanda sunt. §. 324.

Referuntur plura hujus regulae consectaria. §. 325.

Extenduntur tamen ex voluntate statuentium, etiam contra jus commune. §. 326.

Facilius extenduntur statuta praeter, quam contra jus commune. §. 327.

Statuta odiosa restringenda sunt, favorabilia facile amplianda §. 328.

Hinc statutum excludens foeminas a successione, si defunctus decedat intestatus, vires non habet, quamvis testamentum rumpatur. §. 329.

Excludit tamen, licet conditum fuerit testamentum, modo conforme sit statuto: secus si a statuto dissentiat. §. 330.

Excludens foeminas pro fratribus, et nepotibus non excludit matrem. §. 331.

Si statutum excludat filias, et sorores favore filiorum, et fratrum, patruus foeminas non excludit. §. 332.

Hinc nec patruus parentum nomine venit, nec patruus magnus patrui appellatione. §. 333.

Foemina favore masculorum exclusa non repellitur a successione, nisi per masculos, qui sint in pari gradu, et ejusdem lineae effectivae. §. 334.

Excludens dotatam requirit, ut foemina dotem habuerit. Utrumque exigit, si excludat dotatam, et maritatam. Quid si agnatum vocet, modo in certo loco habitet? §. 335.

Vidua non comprehenditur sub foemina dotata, et maritata. Continetur tamen monialis. §. 336.

Statutum excludens foeminas ob masculos locum habet in hereditate foeminae: et statutum exigens qualitatem agnatitiam repellit filias ex masculis. §. 337.

Monachus non conservat agnationem: non potest tamen mater aliis filiis gratificari odio monachi, si statutum velit, ut filii in totum matri succedant. §. 338.

Statutum favorabile late interpretandum est: tale autem reputatur, si commodo unius prospiciat cum minori alterius dispendio, vel publicam foveat utilitatem. §. 339.

Hinc excludens foeminas ob agnatos favorabile est. §. 340.

Excludens filiam maritatam, et dotatam a quocunque excludit dotatam a patre post matris intestatae obitum. §. 341.

Statutum de morte alicujus ab intestato verificatur per mortem pupilli. §. 342.

Statutum favore filiorum in bonis matris extenditur ad nepotes. §. 343.

Si excludat foeminas a successione propter agnatos, excludit et a legitima, congrua tamen dos filiabus dari debet. §. 344.

§. 324

Cum generales interpretationis regulas, quae statutis conveniunt, et proxima earum consectaria jam tradiderimus (1), tantum superest, ut easdem regulas aliquanto fusius hic suo loco explicemus, ut inde facilius percipiantur consectaria remotiora, de quibus dubitari potest. Diximus statuta ita interpretanda esse (§. 145. D.), ut, quam minus fieri potest, a jure communi recedant (2); itaut ne ex majoritate quidem rationis ex-

tensio de casu ad casum fieri possit (d. §. 145. D.): adeoque nec de persona ad per- Inst. l. 1.
sonam (3); quia, cum jus Romanum veluti proprium cujusque Principis jus considere- tit. 2.
tur, non censetur Princeps, ipsi derogare, nisi aliud appareat; quod potiori ratione in ff. l. 1. tit. 3.
universitatibus statuta condentibus obtinet (§. 154. D.). Quare dubia statutorum sen- Cod. l. 1.
tentia ex jure communi potius interpretationem accipere debet (4), quam illud evertere. tit. 14.

(1) *Disputat. cap.* 3. *de legum municipal. interpretatione.*

(2) *Thes. dec.* 53. *num.* 2. ✝ *Hinc* 1. *Statutum, juxta quod facultas fit debitori, solvendi de stabilibus ad justam aestimationem, locum tantum habere potest in reali, non in personali actione; quia exorbitans est a jure communi.* 2. *Non aliter quis potest uti statuto correctorio juris communis, nisi verificentur omnia in statuto contenta.* 3. *Statutum excludens dotatam eam non complectitur, quae seipsam dotaverit. Quod si excludat nuptam, non aliter vires exerit, quam si dotata simul fuerit; quia matrimonium sine dote fieri non solet. Ratio omnium est, quod statutum correctorium juris communis stricte est interpretandum, nec extendi debet ultra casum expressum: et sufficit, si vel in minimo operetur.*

(3) *Osasc. decis.* 167. *num.* 18.

(4) *Thes. dict. decis.* 53. *num.* 1. *et* 2. ✝.

§. 325.

Hinc plura maximi momenti fluunt consectaria: videlicet 1. Non censeri remissas a statuto solemnitates jure communi praescriptas ex eo, quod speciales aliquas praescribat (1). 2. Si tollat omnes exceptiones contra instrumenti executionem, non censetur tollere peremptorias (2). 3. Adimens generalibus verbis restitutionem in integrum, non est extendendum ad eam, quae speciali jure minoribus ob lubricum aetatis conceditur (3). 4. Si quaedam specialia circa sententias decernat, de definitivis tantum intelligi debet, non de interlocutoriis, quae diverso jure in multis reguntur (4). 5. Contra facientem poenam statuens non extenditur ad consentientem (5); imo nec ad mandantem, si in personam conceptum sit, juxta communiter receptam distinctionem (6). Demum, ut alia plura omittamus, quae ex his facile cognosci possunt, de casu vero intelligendum est, non de ficto. Unde poenam praestituens in condemnatos, contumaces regulariter non complectitur, nisi ex legitimis probationibus condemnati sint, non ex ficta ea confessione, quae ex contumacia exurgit (7).

(1) *Sola decret. Maliciis part.* 2. *Glos. un. num.* 3. *pag. mihi* 166.

(2) *Id. Sola de ordin. proces. caus. instrum. Glos.* 3. *num.* 2. *pag.* 193.

(3) *Id. de feud par.* 3. *Glos. un. num.* 2. *pag.* 99.

(4) *Id. de sent. exec. Glos.* 2. *num.* 10. *pag.* 224.

(5) *Id de falsis Glos. penult. num.* 8. *pag.* 253.

(6) *Id. ib. Glos.* 3. *num.* 1. *pag.* 250.

(7) *Sola quem. proced. sit in execut. caus. Glos.* 4. *num.* 8. *pag* 432.

§. 326

Exceptionem tamen allatae regulae admittendam demonstravimus in ea specie, qua contraria voluntas statuentium appareat, vel ex verbis, vel ex ratione legis (§. 146. D.); quia menti potius statuentium obsequendum sit (1), quam juri Romano, quod ex libera Principis voluntate vim legis habet (d. §. 146.). Hinc, a Sabaudo Senatu definitum, refert idem Faber, jus redimendi, quod ex pacto competit in venditione, quodque in vim statuti, quasi reale sit, in quoscumque successores, etiam singulares, exerceri potest, locum etiam habere in permutationibus (2). Dum contra traditum, statutum permittens retractum in bonis immobilibus non comprehendere jura, quae competant etiam ad immobilia; tum quia utpote exorbitans a jure communi non debeat trahi, ut improprie operetur; jura autem proprie nec res mobiles sint, nec immobiles, quamvis

Inst. l. 1. tit. 2. ff. 1. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

juris fictione aliquando pro immobilibus habeantur; tum quia eadem non vigeat utilitatis ratio in juribus, quae in rebus immobilibus obtinet.

(1) *Thes. dec.* 63. *num.* 4., *Osasc. dec.* 170. *num.* 11.

(2) *Fab. cod. de obligat., et act. lib.* 4. *tit.* 7. *def.* 3. *num.* 5. *in corp., nimirum, si retro permutandi pactum praecesserit; in hoc enim eadem utriusque contractus ratio est, ut placiti fides servetur. Quod si retractus a statuto permitteretur in venditione, locum habere non posset in permutatione; specie enim differunt venditio, et permutatio; sicut permutatio non induit naturam venditionis, quamvis ex una parte pretium solvatur, ut contractus reducatur ad aequalitatem, nisi tantae pecuniae solutio fiat, ut contractus vix, ac nisi per jocum mixtus posset appellari.*

§. 327.

Sed, ut haec melius percipiantur, et invicem concilientur diversae definitiones, quae in speciem contrariae videntur, dum in una traditur, statutum contra jus commune extensionem admittere ex identitate rationis, negatur in altera; in primis caute distinguendum est, utrum revera statutum aliquid contineat, quod juri communi adversetur; an tantum sit praeter jus commune; posterioris enim generis statutorum facilius extensio fit ex paritate rationis: legum civilium exemplo, quae ad similes casus facile protrahuntur, ita suadente necessitate, et varietate negotiorum, pro quibus singulis lex ferri non potest (§. 20. D.).

§. 328.

Praeterea, et potissimum inspici debet, utrum odiosum sit statutum, et in speciem, a naturali aequitate, videatur, abhorrere, an favorabile sit, et naturali aequitati consonum. Prius, quantum fieri potest, restringendum est interpretatione; itaut ne ex identitate quidem, aut majoritate rationis de casu ad casum extendatur: contra posterius ampliandum est; quia sicut odia restringi convenit, ita favores decet ampliari. Quare statutum liberos excludens a successione stricte omnino interpretandum est (1); quia exclusio haec exheredatio quaedam sit minus consona naturali charitati parentum erga liberos (§. 100. D.)

(1) *L. Cum quidam* 19. *ff. de lib., et post.* (28. 2.), *Thes. decis.* 37. *num.* 1.

§. 329.

Hinc sequitur statutum, quod a successione repellit eo casu, quo defunctus decedat intestatus, et nullo facto ordinamento, locum non habere, si testamentum ruptum fuerit: puta per agnationem posthumi; quia, quamvis irritum ex post facto testamentum evaserit, non tamen verificatur conditio, quod sine ordinamento rerum suarum (1) decesserit. Hinc pariter statutum contra jus commune excludens a successione intestata ad testamentariam non producitur; quia diversae sunt hae successionis species; ut una alteram non complectatur.

(1) *Verba sunt Taurinensis statuti, quod Thes. refert in dec.* 263. *his verbis:* Item statutum est in successionibus civium, et habitatorum Taurini, et Grugliaschi, quod jura Romana, et Imperialia de caetero vindicent sibi locum, tam in masculis, quam in foeminis, eo salvo, etc. Si quis, vel si qua ab intestato decesserit, nullo facto ordinamento rerum suarum, quod, ubi fuerit, vel remanserit aliquis agnatus defunctae personae, praeferatur cunctis aliis personis in successionibus domorum, cum pertinentiis defunctae personae, etc. *Porro licet ordinamenti nomen complectatur quamcumque dispositionem, quae fiat codicillo, donatione caussa mortis, et epistola, quia versamur in statuti odiosa dispositione, atque contra naturalem parentum in liberos charitatem: talis tamen temere habenda non est quaecumque informis defuncti declaratio, ad alium finem facta: Puta schedula Parocho consignata, quamvis in ea quaedam legata pia potius in exonus conscientiae relicta, contineantur. Sane nemo dubitat, quin domus non aliter ad agnatum perventura sit, quam si defunctus ejusdem dominium habue-*

rit. Sed quid juris, si foeminas inter, et agnatos disputetur, utrum ad defunctum jure dominii domus pertineret, an alio jure? Generaliter statuendum est, dominium penes defunctum fuisse praesumi, nisi aliud demonstretur: adeoque in dubio neganti onus probationis incumbere; quamvis enim dominium plene probandum sit ab asserente, cum dominii quaestio principaliter agitur, ut passim docent pragmatici. Fab. cod. de probat. lib. 4. tit. 14. def. 3., itaut nec ex praeterita multorum annorum possessione praesumatur: cum tamen de dominio incidenter quaeritur, sola defuncti possessio sufficere potest, non quidem contra dominum, qui rem vindicet, sed contra alium, qui eandem petat jure successionis legitimae, vel testamentariae. Exceptio tamen huic regulae admittenda est, cum defunctum alio, quam dominii, puta pignoris jure, possedisse constat; tunc enim, quia juris mutatio, utpote res facti, nunquam praesumitur, onus probationis in asserentem transfertur. Fab. cod. de luit. pign. lib. 8. tit. 20. def. 20. Neque etiam in proposito casu statuti Taurinensis inspicitur origo dominii: veluti quod a foemina, vel ab ascendente foeminae domus pervenerit; laudatum enim statutum de hac conditione nullatenus loquitur.

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 2. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

§. 330.

Sed, quamvis statutum foeminas excludat a successione intestata, locum tamen sibi vindicat, quando conditum fuit testamentum, si modo pater illius dispositioni se conformaverit (1); quia absurdum esset, patris dispositione statuto conformi vim statuti elidi. Aliter affirmandum, si testamento foeminam exclusam ad successionem vocaret; quippe lex jus quidem intestatae successionis adimit, sed non prohibet, quominus testamento successio relinquatur.

(1) *Ita passim, et merito docent pragmatici.*

§. 331.

Hinc 2. Statutum exclusivum foeminarum favore fratrum, et nepotum defuncti locum non habet contra matrem, quae non sit specialiter a statuto exclusa; licet enim foeminarum numero mater contineatur, relationem tamen non habet ad agnatos inclusos, quam statutum considerat: ideoque cum ultra personas nominatas statuti dispositio trahi non debeat, in odium matris non est interpretandum (§. 324.). Quin matre a statuto non nominata in medio existente, quae proximior sit agnato, fiet, ut soror admittatur agnato excluso; utpote quia casus omissus a statuto ob mixturam alterius personae non nominatae remaneat sub dispositione juris communis (1).

(1) *L. 10. ff de lib., et posth.* (28. 2.)

§. 332.

Eadem ratione, si statutum filias, et sorores a successione excludat, sed sub conditione, si extent filii, fratres, vel filii fratrum, sorores ad successionem admittentur, remoto patruo agnato, quamvis statutum loquatur favore agnationis, quae in patruo conservatur, cum enim statutum ad certarum personarum favorem sit restrictum, utpote odiosum, amplior ejusdem ratio intra praefinitos terminos suum sortiri debet effectum, nec eos praetergredi (1).

(1) *Argum. l. Pater filium 38. §. Fundum 3. ff. de legat. 3.* (32. 1.)

§. 333.

Ex eadem regula eruitur, statutorum verba, quae personas ad successionem admittunt, iis exclusis, quas naturalis charitas vocare videtur, stricte, et proprie esse accipienda (§. 100. D.): quo fiet, ut patruus parentum nomine non veniat; nec patruus magnus sub patrui appellatione.

§. 334.

Ex eodem principio fluit, per masculos, quorum favore foemina excluditur a successione, eos duntaxat intelligendos esse, qui sint in pari gradu, et ejusdem lineae effectivae; quia ex communi pragmaticorum sententia, quae ex hactenus traditis de statutorum

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. C. d. l. 1. tit. 14. interpretatione satis firmatur, ubi agitur de materia odiosa, non intelligitur contemplata linea contentiva, sed tantum effectiva: quae sola vere, et proprie linea defuncti dici potest (1).

(1) *Censuit tamen Senatus, statutum Taurini pro successione domorum favore agnatorum excludens foeminas obtinere, licet ipsae proximiores sint agnatis, tum propter verba indefinita, quibus conceptum est:* Agnatus defunctae personae praeferatur cunctis aliis personis in successionibus domorum: *tum quia hic agi videtur de modico foeminarum detrimento, quia non a tota successione repelluntur. Thes. decis. 263. num. ult.* † *V. et decis. 37. num. ult. Nec obstat declaratio statuti facta a decurionibus, de qua meminit Thes. dec. 263. num. 9. in fine, quod scilicet filiae decedentis agnatos excludant, quia declaratio haec non fuit a Principe probata.*

§. 335.

Hinc etiam, si statutum excludat foeminam dotatam a successione, non aliter ea repellitur, quam si probetur, dotem accepisse (1): si excludat foeminam dotatam, et maritatam, duo haec copulative requiruntur, itaut alterum sine altero non sufficiat (2). Quod si statutum certam requirat qualitatem in eo, quem ad successionem vocat foeminas exclusis, puta ut quis in certo loco habitet, prius probanda est qualitas a statuto requisita (3).

(1) *V. §. 324. all. 2., ubi diximus statutum excludens dotatam, ad illam non extendi, quae sibi dotem constituerit.*

(2) *Utraque qualitas desideratur, quamvis statutum simpliciter excludat nuptam. D. all. 2.*

(3) *Exclusio enim conditionalis non obtinet, nisi posita conditione.*

§. 336.

Demum eodem fundamento asserendum est, viduam non comprehendi statuto, quo mulier dotata, et maritata excluditur (1): licet monialis, quae dotem recepit, excludatur ex communiori sententia; quia spirituali conjugio carnali longe praestantiori juncta est; adeoque in ea conditione reperitur, ut successione non indigeat (2).

(1) *Quia altera ex duabus conditionibus deficit.*

(2) *Thes. lib. 2. quaest. 92. in fine.* †

§. 337.

Quaestio hic instituitur, an statutum foeminas excludens propter masculos, locum habeat in successione foeminae. Qui negant, eo innituntur argumento, quod ratio agnationis non militet in hereditate foeminae, sicut in hereditate masculi. Qui autem affirmant, agnationis favorem aeque versari in utraque successione, merito contendunt; decus enim, et splendor familiarum, quod ex bonorum copia conservatur, et augetur a bonorum origine, nullatenus pendet. Qua ratione consentiunt pragmatici, statutum exigens qualitatem agnatitiam filias ex masculis repellere, jure repraesentationis excluso.

§. 338.

Si statutum favore agnationis foeminas propter masculos a successione excludat, monachus foeminae non obest; cum enim per eum conservari non possit agnatio, ideo contemplatus a statuto non creditur odio foeminae: attamen monachorum favore definitum, non posse matrem, alteri filiorum suorum prae caeteris gratificari, quamvis unus monachus sit, si statutum matri prohibeat, ne testamento, vel codicillis facere possit, quominus filius, vel filii ei in totum succedant (1); et merito: nam religiosae vitae professio naturalia sanguinis jura non perimit; nec legum beneficio indignus fit, qui austeriorem vivendi rationem amplectitur; et bona sua sponte dimittit, quibus alii, nec raro ingrati, locupletentur.

(1) *Thes. quaest. forens. lib. 2. quaest. 3. num. 5.* †

§. 339.

Aliud, sicuti jam supra diximus (§. 328.) ferendum est judicium, si favorabile sit statutum: hoc enim latam admittit interpretationem; cum favores, quantum fieri potest, sint ampliandi (1). Porro in hoc argumento, ut favorabile reputetur statutum, necesse non est, ut unius tantum favorem contineat, ejusque commodo prospiciat; hoc etenim sensu vix reperiri posset, favorabile statutum. Sufficit ergo, si commodum ejus, cui prospicit, longe majoris momenti sit dispendio, quod inde alteri contingit: vel potiori ratione, si ex alterius damno publica eruatur utilitas.

Inst. l. 1. tit. 2. ff. 1. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

(1) *Odia restringi, et favores convenit ampliari. Cap. Odia 15. ext. de reg jur. in 6.*

§. 340.

Hinc sequitur, statutum foeminarum exclusivum inter favorabilia recensendum esse, si agnationis contemplatio, quae semper in dubio praesumitur, huic sanctioni caussam dederit (1); quia agnationis conservatio, familiarum decus, et splendor ad publicam conferunt utilitatem; cum familiae opulentae sint, ut vulgo dicitur, nervi, et ossa reipublicae. Quare, etsi non debeat, fieri, extensio de casu ad casum, nec de persona ad personam contra statuentium mentem; ita tamen semper interpretandum est, ut iis omnibus speciebus ejus sanctio accommodetur, quibus convenire possunt verba, vel statuti sententia (1).

(1) *Thes. dec. 37. num. 6., et 7.*

§. 341.

Hinc statutum, quod excludit filiam maritatam, et dotatam, sive a patre, sive a matre, sive ab avo, sive ab alio quocunque, excludit, inquam, ab omni successione, locum habet, cum filia dotata est a patre post matris intestatae obitum, itaut a matris successione repellatur (1); quia in hac etiam specie statuentium voluntati factum est satis.

(1) *Statuentes enim de dote quidem filiae constituendae solliciti praesumi debent, prout aequitas naturalis suadet, et civiles quoque leges decernunt: non autem de tempore, quo dos solvatur.*

§. 342.

Eadem ratione statutum agnationi prospiciens odio foeminarum de morte alicujus ab intestato verificari, traditum, quamvis pupillus decedat, qui adhuc propter aetatem testari non poterat (1); quia, licet Ulpiano videatur, eum, qui propter animi, vel corporis vitium testari non potuit, proprie intestatum non esse, jure tamen pro intestatis accipiendum, statim subjungit (2); atque ideo jureconsulti nomen intestati ad impuberes semper retulerunt (3).

(1) *Thes. quaest. forens. lib. 2. qu. 18. num. 8. †.*

(2) *Plane qui testari non potuit, proprie non est intestatus, puta impubes, furiosus, vel cui bonis interdictum est. Sed hos quoque pro intestatis accipere debemus. L. 1. ff. de suis, et legitim. hered.* (8. 16.)

(3) *L. Sive ingenua 2. §. Impuberem 5. ff. ad senatuscons. Tertull.* (38. 17.), *l. 45. ff. de vulg., et pupill. subst.* (28. 6.), *l. ult. ff. qui pet. tut.* (26. 6.), *§. 1. instit. de hered., quae ab intest. defer.* (3. 1.)

§. 343.

Demum, quia favorabile est statutum, quo mater omnia bona sua filiis relinquere tenetur, adeoque extensionem admittit (§. 339.), filiorum nomine, etiam nepotes continentur (1): maxime quia generalis est juris regula, filiorum verbum, quando de commodo agitur, nepotes quoque complecti (2).

(1) *Thesaur. quaest. for lib. 1. qu. 92. num 4. †.*

(2) *L. Liberorum 220. §. ult. ff. de verb. signific., l. Filii 84, l. Cognoscere 56. §. 1., l. Justa 201. ff. eod. tit., l. 1. cod. de conditionibus insertis* (6. 46.)

§. 344.

An autem statutum foeminas excludens a successione propter agnatos, excludat etiam

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1 tit. 15. a legitima, disputatur. Probabilior videtur eorum sententia, qui putant, hoc statuto jus adimi foeminae, quo legitimam petat; cum enim lex generaliter a successione removet, etiam repellere debet a legitima, quae pars successionis est: potissimum si filiae dos tradita, vel constituta sit a statuto; quia filia exclusa habetur pro extranea, et exheredata (1). Sed quia maxima esset iniquitas, si filiae legitima privatae aliunde nihil haberent, quo necessaria sibi pararent alimenta, vel dotem constituerent, non dubium, quin congrua dos illi danda sit in aliis bonis, si aliqua existant, a quibus non excludatur: vel his deficientibus ex iisdem, a quorum successione prohibetur. Quae tamen dos non succedit loco legitimae, neque illius naturam, et privilegium assumit: adeoque mortua filia non contracto matrimonio eam ab heredes non transmittit (2).

(1) *Thes. quaest. for. lib. 2. qu. 68. num. 1. †, et lib. 1. qu. 97. V. et Thes. dec. 159. num. ult. †, ubi traditum, filiam exclusam a successione per statutum, data illi congrua dote, partem non facere in supputatione legitimae, nisi ex verbis statuti elici possit, dotem succedere loco legitimae.*

(2) *An res singulares, a quibus filia propter agnatos excluditur, computandae sint in calculatione legitimae. V. Thes. d. qu. 68. num. 4., ubi hanc quaestionem expendit; quaeque locum habere potest in statuto Taurini, quod filias indistincte non repellit a successione, sed tantum a successione domorum.*

SECTIO IV.

De abrogatione Statutorum.

SUMMARIA.

Cessat vis statutorum, vel generaliter pro omnibus, vel specialiter pro aliquibus. Quibus modis haec contingant. §. 345.

Cessat pro omnibus. 1. Per posteriorem contrariam legem, vel posterius statutum priori contrarium: dummodo posterius a supremo Principe fuerit confirmatum, et a supremis Magistratibus interinatum. §. 346., et 347.

Ut consuetudo contraria statutum abroget, plures actus requiruntur. In dubio statuta, legitime publicata, praesumuntur in viridi observantia. Cessat quosque statuti vis, cessante caussa finali ratione totius universitatis. §. 348.

Dispensatio a Principe concedi potest: atque etiam ab universitate, modo quaedam interveniant conditiones. §. 349.

§. 345.

Cum statuta, ut toties diximus, legibus aequiparentur, iisdem etiam modis desinere debet eorum vis, quibus cessat legis obligatio. Sed quia specialem in aliquibus rebus indolem habent statuta, idcirco singularia quaedam adnotanda sunt de eorum abrogatione. Desinit ergo statutorum vis, vel generaliter pro omnibus, vel specialiter pro aliquibus. Generaliter per posteriorem legem, vel statutum priori contrarium, per desuetudinem, vel contrarium usum: quibus addi potest casus, quo cesset caussa finalis statuti: specialiter vero pro aliquibus cessat per dispensationem (§. 125.). Expendamus, quae in hisce desinendi modis specialiter statutis conveniunt.

§. 346.

1 Cessat statutorum vis per posteriorem legem, vel posterius statutum, quo prius abrogetur (§. 126., et seqq.). Si lex haec a supremo Principe feratur, eaedem omnino regulae, quae in legibus, locum habebunt. Sed si posterius statutum, quod prius abroget, ab inferiore universitate condatur, quemadmodum prius statutum, vim legis habere non potest, nisi facultas haec a Principe universitati concessa fuerit, vel saltem statutum a

Principe expost fuerit confirmatum (§. 271.); ita non aliter rata erit abrogatio, praeterquam si universitas hoc jure beneficio Principis fruatur, vel abrogatio a Principe fuerit confirmata (1); res enim eodem modo dissolvi debent, quo fuerunt colligatae (2). Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14.

(1) *Thes. dec. 263. num. ult., ubi de reformatione statuti Taurinensis excludentis foeminas a successione domorum in casu non conditi testamenti: reformatio autem eo tendebat, ut filiae, et proximiores foeminae agnatis praeferrentur.*

(2) *L. Nihil 35. ff. de reg. jur.*

§. 347.

Quin nec sufficit reformationis confirmatio a Principe indulta, sed insuper necesse est, ut haec Principis concessio a supremis Magistratibus, ad quos ea res pertinet, fuerit interinata (§. 145.): nisi reformanda proponantur statuta, quae ad bonorum universitatis administrationem pertinent, quae ab universitate, non auctorante Principe, condi posse, diximus (§. 269.), quia, licet Principis concessio non egeat Magistratus, qui inferior est, confirmatione, interinatio tamen pertinet ad exitum, et executionem rescripti, ut non ante ad implementum concessio perducatur, quam perspectum a Magistratu fuerit, utrum a vitio obreptionis, vel subreptionis rescriptum immune sit; cum hic de tertii praejudicio agatur. Quod potissimum obtinet, cum adjecta est clausula: attentis narratis. Haec enim clausula apertissime indicat, Principem non aliter beneficium concedere velle, quam si de veritate eorum constet, quae in precibus exposita sunt. Quod judicare ad supremos Magistratus pertinet (D. §. 145.).

§. 348.

Quod spectat ad contrariam consuetudinem, vel desuetudinem, observandum est, unicum actum non sufficere, sed plures requiri cum subsequuta populi acquiescentia (1): quemadmodum et in legum abrogatione obtinet. Si autem dubitetur, utrum statuti observantia adhuc vigeat, necne, distinguendum diximus. Si statutum legitimo modo fuerit publicatum, et post civium moribus receptum, ejus non observantiam probare tenetur, qui eandem negat (§. 279.). Alioquin probationis onus observantiam asserenti incumbet (2). Cessabit quoque statuti vis, si cesset caussa finalis ejusdem pro tota universitate (§. 129., et seqq.)

(1) *L. De quibus caussis 32. §. 1., et ll. seqq. ff. hoc titulo. Sane unus, vel alter actus contrariam totius populi voluntatem demonstrare non potest. Quod tamen requiritur, ut lex desuetudine abrogetur. D. l. 32. §. 1., l. Sed et ea 35. ff. hoc tit.*

(2) *V. §. 278. et seqq., ubi etiam tradidimus, quibus modis observantia probari possit.*

§. 349.

Nemo dubitat, quin dispensatio a Principe concedi possit. Universitas autem non aliter a statuti observatione potest dispensare; praeterquam si facultatem hanc specialiter obtinuerit a Principe: vel generalem, qua statuta possit abrogare; ut eadem auctoritate solvatur statuti vis, qua inducta fuit (§. 346.): nisi de iis etiam statutis agatur, quae non publica civium negotia, sed rerum universitatis administrationem respiciunt (§. 347.).

PARS II.

De jure non scripto, seu de consuetudine.

SUMMARIUM.

Quae sint de consuetudine expendenda, et quo ordine? §. 350.

§. 350.

Postquam expendimus singulas juris scripti species, ordo postulat, ut de jure non

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 1. tit. 14. scripto, seu de consuetudine verba faciamus (1): atque eodem, quo de legibus diximus, ordine: videlicet, inquirendo, quid sit consuetudo, quotuplex, quae sint ejus requisita, quae vis, quae ratio ejus explicandae, demum, quomodo desinat. Quae omnia duobus capitibus complectemur, et coronidis loco pauca addemus de stylo curiae, qui et consuetudinis imaginem quandam refert.

(1) *Jam supra monuimus, consuetudinem dici jus non scriptum, non quasi scribi non possit, aut, si scripta sit, consuetudo esse desinat; sed quatenus jus est prius receptum, quam scriptum: nec eadem ratione scribi solet, sicuti lex, quae etiam jus scriptum dicitur, idest, promulgatum, quamvis scriptura ad legis essentiam non pertineat* (§. 55.).

CAPUT I.

Quid, quotuplex sit consuetudo, et quae sint ejus requisita.

Instit. lib. 1. tit. 2. *De jure natur. etc.*
Digest. lib. 1. tit. 3. *De legib., senatusque cons., et longa consuetud.*
Cod. lib. 8. tit. 53. *Quae sit longa consuetudo.*

SUMMARIA.

Consuetudo est jus longo populi usu introductum. Explicatur definitio. §. 351.

Consuetudo ratione extensionis dividitur in generalem, et particularem: ratione prioris legis alia est contra, alia secundum, alia praeter eam. §. 352.

Explicantur, et definiuntur diversae hae species consuetudinis. §. 353.

Ut consuetudo vim legis habeat, debet esse honesta, actuum frequentia munita, diuturna. §. 354.

1. *Honesta, ut publicam promoveat utilitatem.* §. 355.

Quae contra bonos mores est, a Magistratibus abrogari debet. Hujus exemplum ex Fabro in publicatione sequestrationis, et subjectione nobilium oneribus plebejorum. §. 356.

Consuetudo iniqua nullatenus servanda est. Quae tantum est immoderata intra rationis limites coerceri debet. §. 357.

2. *Oportet ut munita sit actuum frequentia, etiam extrajudicialium.* §. 358.

Ulpiani sententia est, per actus judiciales facilius probari consuetudinem, non autem eos esse necessarios. §. 359.

Actus debent esse uniformes, liberi, et eo consilio gesti, ut consuetudo inducatur. §. 360.

3. *Demum diuturna, ut ex ea consensus populi eruatur.* §. 361.

Nec duo, nec tres actus generaliter sufficiunt: nec decem anni. Actuum numerus, et temporis spatium a prudentis judicis arbitrio pendet. §. 362.

Ex Imperatorum rescripto, quibus peccandi consuetudinem habet, qui plusquam semel deliquit, inferri non potest ad consuetudinem. §. 363.

Quamvis consuetudo diuturna dicatur, non ideo decem anni sufficiunt; quia etiam dicitur longaeva, inveterata, et antiqua. §. 364.

Saltem in genere indicari possunt specialiores aliquae regulae, quibus judex rem hanc facilius definiat. §. 365.

Prima regula est, duos, vel tres actus regulariter non sufficere; quia hinc consensus populi non eruitur, nec usus. §. 366.

Pluralis quidem locutio duorum numero contenta est, sed insuper frequentia hic exigitur. §. 367. Inst. l. 1. tit. 2.

Secunda est, minorem actuum numerum desiderari in rebus minus frequentibus. Hinc unicus sufficit ad inducendam formam fidelitatis, duo ad determinandum modum successionis §. 368. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 53.

3. *Major vis inest actibus judicialibus, quem extrajudicialibus.* §. 369.

4. *Nec decem, nec viginti anni sufficiunt; nisi de consuetudine legis interpretativa agatur; vel de ea, quae magis probatur per actuum multiplicitatem, quam per tempus. Exemplum.* §. 370.

5. *Sufficere videntur triginta anni.* §. 371.

6. *Minor actuum frequentia requiritur pro majori diuturnitate temporis, et vicissim.* §. 372.

7. *Facilius inducitur consuetudo secundum legem, quam praeter: haec facilius, quam contra legem.* §. 373.

De consensu Principis variae sunt sententiae. §. 374.

Ad inducendam consuetudinem in statu monarchico requiritur consensus Principis; sed sufficit tacitus. §. 375.

Juris loca, ubi de solo consensu populi mentio fit, ita explicanda sunt, ut populi nomine Princeps veniat; vel ad veterem reipublicae statum referri debent. §. 376.

Probatur, sufficere tacitum Principis consensum, qui consistit in scientia, et patientia §. 377.

Princeps scire censetur consuetudinem generalem, non particularem. In hac ergo ab allegante probanda est scientia, non in illa. §. 378.

Insuper probandum est, consuetudinem legitime inductam, et praescriptam esse: maxime si contra jus sit. Excipiuntur consuetudines notoriae. §. 379.

Probatur consuetudo testibus, instrumentis, et judicis pronunciationibus. §. 380.

Testes deponere debent de actuum frequentia, et diuturno tempore. In testibus tria inspiciuntur: modus dicendi testimonii, fundamentum, et numerus. §. 381.

Quoad modum jurati esse debent, et deponere praesente, vel saltem vocata parte. §. 382.

Admitti aliquando possunt testes de auditu. §. 383.

Unicus testis, quamvis omni exceptione major, nullam vim habet; nec admittitur jusjurandum suppletivum. §. 384.

Probanda est consuetudo per turbas: imo et plusquam decem testes hic admittuntur. §. 385.

2. *Probatur instrumentis, quae eandem habent vim, ac testes.* §. 386.

3. *Ex judicum pronunciationibus, modo frequentibus, et uniformibus. Ratio haec probationis caeteris praestat.* §. 387.

Actus secundum consuetudinem non plene probatam bona fide gesti sustinentur, si alterius jus non laedant. §. 388.

§. 351.

Consuetudo definiri potest, jus longo populi usu introductum (1). Jus dicimus, quia consuetudo eandem, ac lex, vim obligandi habet, ut infra ostendemus: longo usu introductum, ut eam a lege distinguamus, quae unico actu fertur: longum autem usum requirimus; cum enim populus per longum temporis spatium determinatam quandam agendi rationem servat, tacite inter se cives convenisse videntur, ut imposterum eadem observanda sit (2). Hinc ergo usus ille vim legis obtinet.

(1) *L. De quibus caussis* 32. §. 1., *et l. seq. ff. hoc tit.*

(2) *Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt, ac per annos plurimos observata, veluti tacita civium conventio, non minus quam ea, quae scripta sunt, jura servantur. L. Sed et ea* 35. *ff. eod. tit.*

§. 352.

Inst. l. 1 tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 53.

Multiplex esse potest consuetudinis divisio, vel ratione efficaciae, seu extensionis; vel ratione habita prioris legis, ad quam refertur. Si spectetur ejus vis, atque extensio, dividitur in generalem, et particularem: si relatio eum priori lege, tribui potest in eam, quae contra legem est, vel secundum legem, vel praeter legem.

§. 353.

Consuetudo universalis ea est, quae viget in toto imperio: particularis in aliqua dumtaxat provincia, civitate, vel oppido vires exerit. Consuetudo contra legem aliquid statuit legi jam latae contrarium: secundum legem eadem praecipit, aut prohibet, quae vetat, vel jubet lex: demum consuetudo praeter legem praecipit, aut vetat, quod nulla lege praecipitur, aut prohibetur.

§. 354.

Sed non omnis usus consuetudinis, adeoque legis vim habet; ad hoc enim tres desiderantur in consuetudine qualitates: 1. Ut sit honesta, et ratione nitatur: 2. Actuum frequentia judicialium, vel extra judicium gestorum mun ta: 3. Diuturna.

§. 355.

1. Consuetudo debet esse honesta, et rationabilis; cum enim legem imitetur, adeoque publicam debeat fovere utilitatem, nisi justitiae, aequitati, et rationi nitatur, huic fini consequendo apta non est (1): atque, si bonos mores, pietatem, verecundiam laedat, abusus dicendus est, et corruptela, qua potius augetur crimen, quam excusetur (2). Quare adversus hos abusus acriter insurgere debent judices, et Magistratus, ut e medio, quanto citius fieri potest, tollantur (3).

(1) *Consuetudinis . . . non vilis auctoritas est: verum non usque adeo sui valitura momento, ut, aut rationem vincat, aut legem, L. Consuetudinis 2. cod. hoc tit.*

(2) *Cap. ult. extra de consuetudine (1. 4.). Huc revocat Voet in pandect. de legib. num. 28., quod traditur in l. Quod non ratione 39. ff. de legib., in casibus similibus non obtinere, quod errore potius quam ratione, inductum est, deinde consuetudine vim habuit: sed minus apte; si enim contra rationem introductum esset, non tantum in similibus casibus obtinere non deberet, sed nequidem in eo singulari casu, in quo est usus inductus. D. l. 2. cod. hoc tit. Ergo explicandus est jureconsultus de jure, ratione quidem innixo, sed speciali, quod idcirco strictam recipit interpretationem (§. 194.)*

(3) *Fab. cod. de legib., et const. Princ. lib. 1. tit. 5. def. ult.*

§. 356.

Hinc placuit Senatui Sabaudo, consuetudine induci non posse, ut sufficiat sequestrationem bonorum debitoris publicari voce praeconis in loco, et more majorum, ut debitor debitoris eidem solvere prohibeatur; ideoque bona fide solvens non liberetur; quia, cum vox praeconis paucis innotescat, aequitas non patitur, ut, qui justam habere potest excusationis caussam, in damno sit (1): nec posse fieri per consuetudinem, ne nobiles sint immunes a muneribus plebejorum; quia consuetudo haec publico juri, et bono adversetur, quod postulat, ut dignitatum ordo, atque distinctio servetur (2).

(1) *Fab. cod. quand. fisc., vel privat. lib. 4. tit. 10. def. 7.*

(2) *Fab. cod. de mun. patrim. lib. 9. tit. 30. def. 14. V. tit. cod. ut dignit. ord. serv.*

§. 357.

Ergo consuetudo juri naturali, vel aequitati contraria, licet inducta probetur, nullatenus servanda est (1); ne sustineatur, quod delinquendi praebet occasionem: si vero iniqua non sit, sed immoderata, intra rectae rationis limites coerceri debet.

(1) *Fab. cod. de sacr. Eccl. lib. 1. tit. 2. def. 45. num 19. in corpore: ubi de consuetudine percipiendi decimas ab iis, qui in alia parochia Sacramenta susciplunt.*

§. 358.

Altera consuetudinis qualitas postulat, ut actuum copia sit munita (1); ex paucorum enim actuum numero colligi nequit in populo voluntas se obligandi. Non tamen interest, an in judicio, au extra judicium gesti sint; quia aeque ex illis, ac ex istis consensus populi eruitur, quamvis facilius constituitur, et tutius probatur per actus judiciales, quibus major inest vis, quique facilius inotescunt.

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 53.

(1) *L.* 1. *cod. hoc tit.*

§. 359.

Nec aliud sentit Ulpianus, cum tradit, inspiciendum primum esse quando de consuetudine quaeritur, an etiam contradicto aliquando judicio firmata sit (1); ejus enim sententia est, actibus judicialibus facilius probari posse consuetudinem, quam per alios, quos sane non excludit, sicuti probat particula copulativa *etiam*, quae utrosque continet. Adde, consuetudinem, quae per actus extrajudiciales induci potest, aperte separari ab ea, quae actibus judicialibus introducitur, quaeque series rerum perpetuo similiter judicatarum dicitur (2).

(1) *Cum de consuetudine . . . confidere quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicto aliquando judicio consuetudo firmata sit L.* 34. *ff. hoc tit.*

(2) *Nam Imperator . . . . rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem, vim legis obtinere debere. L.* 38. *ff. eod. tit.*

§. 360.

Actus autem debent esse uniformes, liberi, et eo animi consilio gesti, ut consuetudo inducatur. Uniformes esse debent, si enim varius fuerit usus, hinc nihil certi statui potest, quo obligatio nascatur (1). Liberi; ex eo enim, quod cogente necessitate fit, populi consensus erui nequit. Demum animus inducendi usum requiritur: alioquin affirmari non potest, consuetudinem tacito populi consensu vim legis acquirere (2).

(1) *Dec. Sen. apud Thes. lib.* 1. *qu.* 48. *num.* 3., *et* 6.

(2) *L. De quib. caussis* 32. §. 1 *ff. hoc tit.*

§. 361.

3. Demum diuturna sit, oportet, consuetudo, longo scilicet usu populi probata (1); cum enim ejus auctoritas, atque vis tum voluntati populi innitatur, qui publica ita postulante utilitate praesumitur, se adstringere ad id perpetuo servandum, quod per certum temporis spatium gessit: tum et simul communi civium bono, quod non patitur, ut facile leges, vel usus immutentur, ut sapienter monuit Ulpianus (2); duo haec argumenta locum habere non possunt, nisi diuturna consuetudo sit.

(1) *L. Diuturna consuetudo* 33., *l. Sed et ea* 35. *ff. hoc tit.*

(2) *In rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo jure, quod diu aequum visum est. L.* 2. *ff. de const. Princ.* (1. 4.)

§. 362.

Dissentiunt interpretes in assignando actuum numero, et temporis spatio, quod ad consuetudinem inducendam requiratur. Sunt, qui putant, duos actus sufficere, et decem annos praescriptionis exemplo. Verum, cum neutrum legibus determinatum sit, consequens est, certam omnino regulam praestitui non posse, sed a prudentis judicis arbitrio definitionem pendere, qui non aliter judicabit, quam perpensis singulis rerum, personarumque adjunctis (1).

(1) *Cum dicit tempus, nec adjicit diem, sine dubio ostendit esse in jusdicentis potestate, quem diem praestituat. L.* 1. §. *ult. ff. de jur. deliber.* (28. 8.)

§. 363.

Qui duos, tresve actus ad consuetudinem inducendam sufficere, existimant, nituntur

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 53

Imperatorum rescripto (1), quo consuetudinem peccandi habere dicitur, qui plusquam semel deliquit. Verum minus apta est consecutio; loquuntur enim Imperatores de reo, contra quem stricta fieri potest verborum interpretatio: maxime quia non id agitur, ut gravius puniatur, sed tantum, ut ab imperiali beneficio abolitionis excludatur: nos vero agimus de populi usu, qui obligandi vim habeat. Quare, cum proniores esse debeamus ad liberandum, quam ab obligandum (2), stricta potius quidem, sed pro populo facienda interpretatio est.

(1) *In l. Nemo deinceps* 3. *cod. de Episcop. audient.* (1. 4.)
(2) *Argum. l. Arianus ait* 47. *ff. de obligat., et act.* (44. 7.)

§. 364.

Nec firmiori nituntur fundamento, qui decem annos satis esse putant; quia diuturnum dici possit, quod per decem annorum spatium perseveravit (1), consuetudo autem diuturna dicatur (2); etenim, quamvis diuturna alicubi nominetur consuetudo, alibi tamen longaeva, inveterata, atque antiqua appellatur (3), quae sane adjuncta longius decennio spatium significant, et requirunt. Adde, jureconsultum (4) de libertate agere, quae favore maxime digna est.

(1) *L. Si cum fideicommissa* 16. §. *Aristo respondit* 3. *ff. qui, et a quib. manum.* (40. 9.)
(2) *In l. Diuturna consuetudo* 33. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Consuetudinis* 2., *l.* 3. *cod. hoc tit.*, *l. De quibus* 32. §. 1. *ff. hoc tit.*
(4) *In d. l.* 16. §. 3. *ff. qui, et a quib. etc.*

§. 365.

Sed quibus regulis magis specialibus hic judex utetur? Silent interpretes, vestigiis inhaerentes quorundam Theologorum, qui in dubiis, atque intricatis casibus, quorum ignorant definitionem, pro regula universali statuunt, ad Episcopi judicium confugiendum esse, quin saltem leges aliquas generales indicent, quibus ipse instrui, atque dirigi possit: quasi vero judicibus, et Ecclesiae praelatis difficiliorum quaestionum infusa sit scientia, aut definitiones suas ex certis principiis, et notis inferre non debeant. Sane negari non potest, quin ex diversis quaestionibus aliae quidem sint, quae unius ope principii dirimi possunt; aliae vero, quarum definitio haberi nequit, praeterquamsi plura simul jungantur, haec, saltem in genere, possunt demonstrari.

§. 366.

Primum ergo principium sit, ad consuetudinem inducendam duos, aut tres actus regulariter non sufficere; quod enim bis, vel ter fit, frequenter gestum dici non potest: nec jure quis asseret, quaedam in usu esse penes populum, quia iterum, aut tertio ea actu perfecerit: haec tamen requirit consuetudo (1).

(1) *D. l.* 32. §. 1. *ff. hoc tit.*, *l.* 1. *cod. hoc tit.*, *l. An in totum* 3. *cod. de aedif. privat.* (8. 10.)

§. 367.

Objici hic solet, quod tradit Ulpianus, pluralem elocutionem duorum numero contentam esse (1), unde colligi posse quidam arbitrantur, ex duobus actibus consuetudinem induci, dum actuum numerus non definitur Verum evanescit difficultas, si animadvertatur, non pluralitatem dumtaxat actuum a legibus requiri, sed et frequentiam (§. 358.), quae sane duobus, aut tribus actibus contenta non est.

(1) *Ubi numerus testium non adjicitur, etiam duo sufficient; pluralis enim elocutio duorum numero contenta est. L.* 12. *ff. de testib.* (22. 5.)

§. 368.

Secundum principium est, minorem actuum numerum in illis rebus desiderari, quae non ita saepe solent, aut possunt, executioni demandari, quam in iis, quae frequentius perficiuntur; minor enim actuum numerus in prima specie aeque, ac major in altera

populi consensum ostendit. Quare definitum, unicum actum sufficere ad inducendam formam, et praestationem fidelitatis (1): et sentit Thesaurus, duos actus sufficere ad determinandum modum successionis, si jam adsit succedendi consuetudo (2), quia scilicet facilius obtinet accessorium, quam principale.

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 53.

(1) *Thes. lib.* 1. *qu.* 38. *num.* 17. †.

(2) *Quest. forens. lib.* 2. *quaest.* 80. *num.* 22.

§. 369.

3. Statui potest, majus robur inesse actibus judicialibus, quam gestis extra judicium (1); tum quia res judicata veritati consona semper praesumi debet (2); tum quia, cum actus judiciales partibus contradicentibus, et publice fiant, difficilius locum habere potest ignoratio, inconsiderantia, aut error.

(1) *L. Cum de consuetudine* 34. *ff. hoc tit.*

(2) *Res judicata pro veritate accipitur. L.* 207. *ff. de reg. jur.*, *l. Post rem judicatam* 56. *ff. de re judic.* (42. 1.)

§. 370.

4. Statui potest, non semper sufficere decem, nec forte viginti annos; tali enim spatio minus convenire videntur consuetudinis apposita, quibus inveterata, longaeva, antiqua dicitur, atque perpetua (1): nisi tamen de consuetudine, ut loquuntur, interpretativa sermo sit, quae priorem explicat legem; ad hanc enim nullam requiri praescriptionem, plures tradunt, praeterquam si legem municipalem interpretetur, quae sit contra jus commune (2), vel de ea consuetudine quaestio sit, cujus veritas magis probatur per actuum multiplicitatem, quam per longum temporis spatium. Hinc placuit Senatui, posita consuetudine, qua vassallus subditis succedat, sufficere actuum frequentiam, ad inducendam successionis formam (3).

(1) *V.* §. 364., *et l. Item eorum* 6. *ff. quod cujusc. universit. nom.* (3. 4.)

(2) *Sola de jur. emphyt. Glos.* 7. *num.* 22., *et* 23. *pag. mihi* 50.

(3) *Thes. quaest. for. lib.* 2. *quaest.* 80. *num.* 23. †

§. 371.

5. Ad consuetudinem inducendam sufficere videtur spatium triginta annorum; hoc enim longissimum tempus est, et tale in jure habetur (1), ultra quod nihil exigit consuetudo.

(1) *Argum. tot. tit. cod. de praescript. long. tem.* (7. 33.), *et tit. cod. de praescript.* 30., *vel* 40. *ann.* (7. 39.)

§. 372.

Sexta regula desumi potest ex actuum frequentia, et spatio temporis simul junctis, itaut eo minus spatium requiratur, quo frequentiores fuerint actus, et vicissim minor actuum numerus desideretur, quo longius tempus effluxerit; cum enim haec duo simul concurrant ad consuetudinem inducendam, mutuam sibi addunt vim.

§. 373.

7. Demum facilius, puto, introduci consuetudinem secundum legem, quam praeter legem, atque hanc facilius ea, quae legi adversatur; prima enim legi servit, ideoque ab ea vim, ita dixerim, atque efficaciam habet: praeterquamquod novam non parit obligationem, sed veterem dumtaxat a lege inductam explicat, atque confirmat. Ex altera nova nascitur obligatio, quae difficilius admitti debet (1). Tertia demum, et novam interdum parit obligationem, et priorem legem abrogat: quare firmioribus opus est argumentis, ut inducta dicatur.

(1) *Argum. leg. Arianus ait* 47. *ff. de obligat.*, *et action.* (44. 7.)

§. 374.

Consentiunt vulgo interpretes in laudatis consuetudinis conditionibus, sed de consensu Principis in statu monarchico in varias scinduntur opiniones. Quidam, ad consuetudinem inducendam nullatenus requiri Principis consensum, putant: alii omnino necessarium

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 8 tit 53. existimant. Sed et inter hos non convenit, an requiratur expressus, an sufficiat tacitus, quem tunc inesse dicimus, quum Princeps scit consuetudinem induci, quin contradicat: vel etiam sufficiat interpretativus, qui semper praesumitur, cum consuetudini non obsistit Princeps.

§. 375.

Quamquam suis non contemnendis argumentis fulciuntur contrariae hae sententiae, vero magis consonam eam existimamus, quae consensum Principis ad vim consuetudinis desiderat, tacito tamen contenta est; cum enim consuetudinis eadem virtus sit, ac legis, absonum videtur, eam induci posse sine ejus consensu, cui soli competit auctoritas leges ferendi, qualis est Princeps in statu monarchico (1); praeterquamquod in alia sententia suprema potestas omnis non est penes Principem (2), sed partim penes populum, et quidem tanta, ut sine summi imperantis consensu ab eodem constituta jura evertere possit (3).

(1) *Argum. l. 1. §. Sed et hoc 7. cod. de vet. jur. enucl.* (1. 17.)

(2) *Populus ei, et in eum omne suum imperium, et potestatem conferat. L. 1. ff. de const. Princip., d. l. 1. §. 7. cod. de veter. jur. enucl.*

(3) *Sunt qui ad confirmandam sententiam hanc Justiniani constitutionem proferunt, qua, vim legis habere, declaravit, consuetudinem, quae inter rusticos invaluerat, ut in ipsorum testamentis minor testium numerus sufficeret, quam generaliter lex praescribat: en verba Justiniani:* per praesentem legem rusticanis concedimus, antiquam eorum consuetudinem legis vicem obtinere. *L. ult. versic. In illis vero locis cod. de testam.* (6. 23.) *Verum lex haec contrariam potius firmat sententiam; siquidem satis aperte innuit Imperator, nullum inesse robur consuetudini; nisi expressa legislatoris sanctione probetur:* necessarium duximus, *ita loquitur,* per hanc legem eorum simplicitati subvenire: *ibid. in princip. Quare affirmandum, Justinianum legem hanc non alia ratione promulgasse, nisi quia consuetudo haec satis inveterata non erat; aut saltem dubitabatur, an talis esset, vel quia uniformes civium actus forte non fuerant, vel demum, ut dubietatem omnem tolleret: unde sequitur, nihil hanc sanctionem pro alterutra parte probare.*

§. 376.

Opponunt, qui, Principis consensum non desiderari, contendunt, quaedam juris capita, in quibus altum de Principis voluntate silentium, atque solius consensus populi mentio fit (1). Verum evanescit difficultas, si animadvertatur, populi nomine intelligi Principem ipsum, qui populi caput est, et in quem tota populi potestas translata fuit: quo fit, ut Princeps universam rempublicam repraesentet: vel dicendum jureconsultos et Justinianum ad veterem reipublicae statum respexisse; quo attento, quemadmodum penes populum erat auctoritas leges condendi, ita et eas contrario usu abrogandi: quod veteris liberae conditionis desiderio saepius factum legimus a jureconsultis (2), atque a Justiniano ipso, eum tradit, unamquamque civitatem propria jura sibi constituere posse (3).

(1) *L. De quibus caussis 32. §. 1., l. Sed et ea 35. ff. hoc tit. §. Sine scripto 9. inst. hoc tit.*

(2) *L. Barbarius Philippus 3. in fine ff. de offic. praet.* (1. 14.), *l. Omnes populi 9. ff. de just., et jur., l. 1. §. 1. ff. ad l. Jul. majestat.* (48. 4.)

(3) *§. Sed naturalia 11. instit. hoc tit.*

§. 377.

Principis ergo consensus requiritur, sed sufficit tacitus; generaliter enim constitutum, ut in omnibus, in quibus quis scit, quod geritur, nec impedit fieri, eum tamen posset, probare existimetur, quamvis expresse non confirmet, dummodo non obsistat (1). Probat

ergo eo ipso, quo non improbat, eo vel magis, quod de re ipsius, scilicet de legum suarum vi agitur. Inst. l. 1. tit. 2.

(1) *In omnibus . . . . ubicumque scientia exigitur domini, sic accipienda est, si, cum prohibere posset, non prohibuit. L. In omnibus* 3., *et l. sequenti ff. de noxal. action.* (9. 4.), *l.* 1. §. *Scientiam* 3. *ff. de tributor. action.* (14. 4.) ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 53.

§. 378.

Sed quid, si dubitetur, an Princeps consuetudinem induci cognoverit, an ignoraverit? Distinguendum: vel consuetudo generalis est, vel specialis: illam scire praesumitur providus, et diligens legislator, hanc ignorasse; nec enim negotiorum varietate, et pondere distentus adesse animo omnibus potest, quae hic, vel illic geruntur. In prima ergo specie probanda est nescientia ab eo, qui scientiam negat: in altera probanda est ab allegante scientia; semper enim probandi onus incumbit ei, contra quem est praesumptio (1).

(1) *L. In exceptionibus* 19., *l. Verius esse* 21., *l. Ante omnia* 23. *ff. de probat. praesumpt.* (22. 3.)

§. 379.

Verum nec sufficit, probasse Principis scientiam, probandum insuper est, eam legitime inductam, atque praescriptam; consuetudo enim res facti est, quae autem facti sunt, non praesumuntur, sed evidenter probari debent (1), atque hoc potissimum obtinet, cum agitur de consuetudine contra jus (2); contra hanc enim duplex militat praesumptio, una pro legis perpetuitate, altera pro subditorum observantia. Quin et militat praesumptio contra consuetudinem praeter legem, quia non facile existimandus est populus, novam suspicere obligationem. Excipi tamen solent consuetudines, quae notoriae sunt, quas idcirco satis est allegare, ne, qui iis nititur, temere sumptibus oneretur: atque idem vulgo traditur de illis, quae ordinem procedendi respiciunt, quia facile est, ut earum notitiam habere judex possit.

(1) *Argum. l. Ab ea parte* 5. *ff. de probat.* (22. 3.)

(2) *Sive communi juri, sive municipali adversetur; quia in utroque eadem viget ratio.*

§. 380.

Sed quomodo probanda erit consuetudo? Cum difficilis sit probationis, quia mutabilis est, leviora argumenta admittenda viderentur: sed tamen, quia de totius populi utilitate, vel dispendio tractatur, plene probandam esse, aequitas suadet. Tres autem rationes sunt, quibus adstrui valeat, testibus scilicet, instrumentis, et judicis pronunciationibus.

§. 381.

Ut testibus probetur consuetudo, requiritur, ut de usu populi, actuum frequentia, et temporis diuturnitate testentur; haec enim ad essentiam consuetudinis pertinent (§. 354.). Sed praeter haec tria in testibus sunt inspicienda: modus, quo testimonium dicunt, testimonii dicendi fundamentum, atque ipsorum numerus.

§. 382.

Quod spectat ad modum, exigitur, ut sint jurati; cum aliter fidem non faciant, utpote quia testationum vis ex jurejurando pendeat (1): atque ut praesente, vel saltem vocata parte adversa fiant, ne fraudi facilis pateat aditus (2).

(1) *L. Jurisjurandi* 9. *cod. de testib.* (4. 20.), *Fab. cod. de test. lib.* 4. *tit.* 15. *def.* 8.

(2) *Fab. d. tit. def.* 13., *et* 61.

§. 383.

Dissentiunt interpretes, utrum admittendi in hac quaestione sint, qui tantum de auditu testificentur. Regula quidem est, testibus fidem plerumque non adhiberi, qui tantum de auditu deponant (1), non de propria scientia. Quia tamen hic agitur de re,

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 53.

cujus actus interdum minus frequentes sunt, facilius admittendum videtur testimonium eorum, qui dicant, ita se audivisse a senioribus (2).

(1) *L. Testium fides* 3 §. 1. *ff. de testib.* (22. 5.)

(2) *Argum. eor., quae tradit Fab. def.* 41. *cod. de test. lib.* 4. *tit.* 15.

§. 384.

Si vero de testium numero quaeratur, certum est, unicum testem in hac materia nullam mereri fidem, quamvis omni exceptione major sit (1), et alia concurrant adminicula. Receptum quidem est, ut unius testimonium admittatur testantis de facto proprio, et de negotio, cujus nihil sua intersit (2); sed cum hic de facto alieno, nempe de tacito populi consensu, et frequentibus ejus actibus tractetur, evidens est, regulae exceptionem hic locum habere non posse, sicut nec suppletivum jusjurandum.

(1) *Manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi praeclarae curiae honore praefulgeat. L. Jurisjurandi* 9. *cod. de testib.* (4. 20.)

(2) *Fab. cod. de testib. lib.* 4. *tit.* 15. *def.* 35.

§. 385.

Praeterea. quum pluribus notus esse debeat totius populi usus, nequidem duo testes sufficiunt (1), sed omnino probanda est consuetudo per turbas, itaut non paucioribus, quam decem testibus turba constet (2); qui etiam contestes sint; cum alioquin jungi non possint, ut numerum faciant (3). Imo, quia hic agitur de re maximi momenti, et cujus veritas facilius plurimorum testimonio cognoscitur, in foro receptum singulari jure, ut plusquam decem testes in hoc articulo audiri possint (4).

(1) *Thes. dec* 183. *num. ult.*

(2) *Fab. cod. eod. tit. de testib. lib.* 4. *tit.* 15. *def.* 14.

(3) *Fab. cod. de testib. def.* 46., *Osasc. dec.* 99. *num.* 8.

(4) *D. def.* 14., *et def.* 6. *cod. eod. tit. apud Fabr.*

§. 386.

2. Probari potest consuetudo per instrumenta, quibus frequens populi usus ostendatur; cum regula generalis sit, eandem vim obtinere instrumenta, quam depositiones testium (1).

(1) *L. In exercendis litibus* 15. *cod. de fid. instrum.* (4. 21.)

§. 387.

3. Demum adstruitur consuetudinis vis ex judicum pronunciationibus (1), modo frequentes, et uniformes fuerint: imo caeteris modis hic praestat (2), cum enim ea, quae in judiciis definiuntur, uni quidem prodesse soleant, in alterius vero dispendium vergere, ex acquiescentia tutius eruitur populi consensus Praeterquamquod maxima est praesumptio pro rei judicatae veritate (3).

(1) *L. Cum de consuetudine* 34. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 34. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Res judicata* 207. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 388.

Sed nulline erunt actus secundum consuetudinem bona fide gesti, quae satis probari non potuerit? Plures sentiunt, sustinendos esse, dummodo jus alterius non laedant; haec enim videtur esse Principis mens, quia ita suadet aequitas, atque exposcit publicum bonum; quod non patitur, ut sopitae quaestiones revocentur; vel irritentur ea, quae exitum suum sortita sunt (1).

(1) *Argum l. Barbarius Philippus* 3. *ff. de offic. praet.* (1. 14.), *l.* 1. *cod. de testam.* (6. 23.), *l. Si arbiter* 2. *cod. de sent., et interlocut. omn. jud.* (7. 45.)

CAPUT II.

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 8. ti 53.

Quae sit vis consuetudinis: quae interpretationis ratio, et quomodo desinat, sive abrogetur.

SUMMARIUM.

Consuetudo legi conformis eam explicat. §. 389.

Praeter legem obligat, ut lex: tum in judicio, tum in contractibus, et solemnitatibus. §. 390.

Contra legem eam abrogat: vel ubique, si generalis: vel ubi inducta est, si particularis sit §. 391.

Respondetur rescripto Constantini asserentis, consuetudine non vinci legem. §. 392.

Respondetur Isidoro, legem deficere posse, vel quia nulla lex sit, vel quia vim suam amiserit. §. 393.

Eadem responsio aptatur Ulpiano. §. 394.

Consuetudo non egreditur locum, nec bona extra eum sita, nec ad forenses extenditur, nisi concepta sit in rem. §. 395.

Consuetudo secundum, vel praeter legem facilius extenditur, quam ea, quae legi adversatur §. 396.

Consuetudo a Principe abrogari potest. Generalem consuetudinem Princeps censetur abrogare per generalem legem, non specialem §. 397.

Hic non obtinent juris regulae, specialia generalibus inesse: in toto et partem contineri Quare? §. 398.

§. 389.

Consuetudo legi conformis eam explicat, dubiam declarat, itaut in eo sensu lex sit servanda, quo eam interpretatur consuetudo (1); cum enim veluti appendix, et accessio legis sit, eandem vim, ac lex, habere debet (2): nec aliunde legis melior haberi potest interpretatio, quam ex ipsa consuetudine (3).

(1) *In ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem .... vim legis obtinere debere. L. Nam Imperator* 38. *ff.* hoc tit.

(2) *Accessorium enim naturam sequi congruit principalis. L. Nihil dolo* 129. §. 1., *l. Cum principalis* 178. *ff.* de reg. jur. (50. 17.)

(3) *Optima est legum interpres consuetudo. L. Si de interpretatione* 37. *ff.* hoc tit.

§. 390.

Consuetudo, praeter legem eadem ratione ad sui observantiam adstringit, qua lex (1); itaut, eam sequi in suis sententiis, judex teneatur (2): et in contractibus bonae fidei, expressa intelligatur, et servanda sit, licet nulla ejus mentio facta fuerit (3); quisque enim, secundum consuetum patriae morem contrahere, praesumitur (4): sicuti etiam servanda est in ordinatione actus, ut valere possit (5), ut et in judiciis (6).

(1) *Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt .... non minus, quam ea, quae scripta sunt, jura servantur. L.* 35., *l. diuturna* 33. *ff.* hoc tit.

(2) *L.* 1. cod. hoc tit.

(3) *Quia assidua est duplae stipulatio, idcirco placuit, etiam ex empto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat; ea enim, quae moris sunt, et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire. L. Quod si nolit* 31. §. *Quia assidua* 20. *ff.* de aedilit. edict. (21. 1.)

(4) *L. Semper in stipulationibus* 34. *ff.* de reg. jur.

Inst. l. 1. (5) *Fab. cod. in quib. caus. non est neces. in int. rest. lib. 2. tit. 26. def. 3. num. 5.*
tit. 2. *in corpore, et in allegat., Osasc. dec. 114. num. 5.*
ff. l. 1. tit. 3. (6) *Locus judicii ex communiter recepta apud pragmaticos sententia est attenden-*
Cod. l. 8. tit. 53. *dus, si consuetudo spectet ad litis ordinationem, seu ordinem processus: locus autem contractus, si consuetudo litis decisionem respiciat.*

§. 391.

Tandem consuetudo contra legem eam abrogat (1), vel in toto imperio, si universalis sit consuetudo, vel dumtaxat in iis locis, in quibus inducitur, si particularis; quia, ut jam pluries diximus, eadem consuetudinis vis est, ac ipsius legis (2).

(1) *L. De quibus caussis 32. §. 1. ff. hoc tit.*

(2) §. *Sed naturalia 11. inst. hoc tit.*

§. 392.

Postremae huic sententiae adversari videtur, quod tradit Constantinus, consuetudinem non usque adeo sui valituram momento, ut aut rationem vincat, aut legem (1): Isidorus, ex quo consuetudo pro lege suscipitur, cum deficit lex (2). Verum Constantinus ita explicandus est, ut consuetudo majorem quidem vim non habeat, quam lex: non vero, ut non habeat parem: unde sequitur, consuetudinem quidem posse, priori legi derogare; sed et nihil impedite, quominus ipsa per posteriorem legem tollatur (3).

(1) *L. Consuetudinis 2. cod. hoc tit.*

(2) *Can. Consuetudo 5. distinct. 1.*

(3) *Cum propositum fuisset Constantino, abusus quosdam in perniciem ecclesiarum introductos lege tollere, ipsique antiqua consuetudo objiceretur, respondit, magnam quidem esse ejus vim; sed non tantam, ut rationem vincere posset, aut legem, quam laturus erat. Eusebius Caesariens. in vita Constantini cap. 52., et 53., et in orat. de ejus laud. cap. 8.*

§. 393.

Quod pertinet ad Isidori sententiam, animadvertendum est, legem duplici ratione deficere posse: vel quia nulla lata sit lex, vel quia vim suam contrario usu amiserit. Adde, Isidorum non negare, consuetudini vim legis inesse, quando prior contraria lex jam est constituta; sed tantum affirmat, pro lege suscipi consuetudinem, cum lex deficit: ex quo inferri non potest argumentum negativum, quod tunc tantum probat, quum evidenter constat, auctori in animo fuisse, perfectam texere enumerationem partium.

§. 394.

Eadem responsio aptari potest Ulpiano, justa quem diuturna consuetudo observari solet pro jure, et lege in his, quae non ex scripto descendunt (1); neque enim, ut fert vulgatum philosophorum axioma, qui unum affirmat, aliud idcirco negat.

(1) *L. Diuturna 33. ff. hoc tit.*

§. 395.

Cognita generatim consuetudinis vi, inquirendum est, quaenam loca, personas, vel res complectatur. Regula generalis est, consuetudines omnes locales esse, adeoque non afficere subditos extra territorium, neque bona extra illud sita (1). Hinc nequidem ex conventione extra territorium potest vires suas porrigere (2); neque ad forenses extenditur, nisi concepta sit in rem; quia cum stricti juris sit, et odiosa, nec de loco ad locum, nec de re ad rem, nec de persona ad personam temere est porrigenda (3). Quemadmodum vero forenses consuetudine non in rem, sed in personam concepta, soluti sunt (§. 168. et §. 309.), ita nec ejusdem beneficio gaudent (4).

(1) *Fab. cod. de legib., et constit. Princip. lib. 1. tit. 5. 3. def. num. 10., et 11. in corp., et num. 11. in allegat.*

(2) *Fab. d. loco, Osasc. dec. 100. num. ult.*

(3) *Fab. cod. de munerib. patrimonial. lib. 9. tit. 30. def. 15.*

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 53.

(4) *Sicut enim aequitas postulat, ut qui sentit commodum, incommodo quoque subsit. L. Secundum naturam 10. ff. de reg. jur., ita commoda sequi non debent eum, qui non patitur incommoda. Hinc si fingamus, alicubi vigere consuetudinem, ut nemo admittatur ad adeundam hereditatem cum benificio legis, et inventarii; sed omnes reputentur heredes simplices, salvo jure restitutionis, si ex latenti aere alieno postea appareat laesio: consuetudo haec non prodest forensibus, nec prohibetur heres, quominus utatur beneficio inventarii, quo non gaudet erga cives, seu municipes; quia forenses eadem consuetudine non adstringuntur.*

§. 396.

Quoad consuetudinis interpretationem, inter juris interpretes alii contendunt, ex paritate rationis de casu ad casum posse extendi; alii extensionem omnem consuetudini denegant, quia stricti juris est (§. praeced.). Sane in omni casu extensio consuetudini denegari non potest, utpotequae non in omnibus quidem, sed in pluribus indolem legis referat: sed facilius extensivam interpretationem admittet consuetudo secundum legem, vel quae praeter legem est; quia prior legis, quam explicat, naturam induit: posterior vero non omnino odiosa videtur: difficilius autem extenditur consuetudo legi contraria; quia favore legis praexistentis omnis capi debet interpretatio (1).

(1) *Sola de feudis decr. Quia plerisque, Glos. 2. num. ult. pag. mihi 128., Osasc. dec. 29. num. 15., Thes. quaest. for. lib. 2. quaest. 80. num. 28., et 29.*

§. 397.

Consuetudinem a Principe per contrariam legem irritari posse, nemini dubium est; cum enim ex ipsius saltem tacito consensu (§. 375. et seqq.) vim habeat, eo deficiente vires suas amittere debet. Sed quaeritur, an per posteriorem legem consuetudo omnis, cujuscumque conditionis ea sit, sublata censeatur, quamvis ejus specialis mentio facta non fuerit. In hac quaestione distinguendum est inter consuetudinem universalem, et particularem; prima abrogata reputatur per generalem legem, ne alioquin lex inutilis sit: non vero altera, sine qua lex subsistere potest, quamque legislator, cum factum speciale contineat, facile praesumitur ignorare (1): nisi quibusdam indiciis ita voluisse Principem appareat (2).

(1) *Cap. 1. extra de constitut. in 6. (1. 2.) Fab. cod. de muner. patrimonial. lib. 9. tit. 30. def. 16.*

(2) *L. Praetor ait 3. §. Divus Hadrianus 5. ff. de sepulcr. violat. (47. 12.)*

§. 398.

Sane in hac consuetudinis materia locus esse non potest illis juris regulis, quibus traditur, specialia semper generalibus inesse: aut in toto et partem contineri (1); aptari quippe tantum debent iis speciebus, quibus ita suadet aequitas, aut publica, privatave utilitas: in iis vero quibus ampliatio noxia esse potest, adeoque odiosa est, potius dicimus, generi per speciem derogari (2).

(1) *L. Semper specialia 147. ff. de reg. jur., l. In toto 113. ff. eod. tit.*

(2) *L. in toto jure 80. ff. eod. tit.*

APPENDIX.

De stylo Curiae.

SUMMARIA.

Stylus curiae est praxis judiciorum, sive modus acta, et sententias ordinandi. Eandem vim habet, ac consuetudo. §. 399.

Inst. l. 1. tit. 2. ff. l. 1. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 53.

Quid si adversetur legibus Romanis, vel municipalibus? §. 400.
Delegatus servare debet stylum curiae ejus loci, ubi judicat; non illius, a qua delegatus est. Stylus curiae adstringit etiam forenses, et clericos. §. 401., *et* 402.

§. 399.

Ad consuetudinem referendus est curiae stylus, qui et genus quoddam est juris non scripti, atque usu introducti. Definiri potest: *praxis judiciorum sive modus acta, et sententias ordinandi.* Stylus autem hic, si longo fuerit usu confirmatus, eandem omnino vim habet, ac ipsa consuetudo; itaut sententia, quae ipsi conformis non sit, viribus omnino careat (1).

(1) *Prolatam a Praeside sententiam contra solitum judiciorum ordinem, auctoritatem rei judicatae non obtinere, certum est. L. 4. cod. de sent. et interlocut. omn. judic.* (7. 45.), *Thes. dec.* 1. *num.* 9., *et quaest. forens. lib.* 4. *quaest.* 73. *num.* 7., *Ab-Eccl. obs.* 1. *num.* 10. *et* 11., *et obs.* 2. *num.* 12.

§. 400.

Sed nec sufficit, diuturnis moribus confirmatum esse curiae stylum, si legibus municipalibus, vel juri communi contrarius sit: nisi a Principe fuerit confirmatus (1), vel haec potestas speciatim concessa sit (2).

(1) *Osasc. dec.* 22. *num* 4.
(2) *Ab-Eccl. d. obs.* 1. *num.* 12. 13. 14. 15. 16. 17., *et obs.* 2. *num.* 13. *et* 14. *V.* §. 242.

§. 401.

Quaeri hic potest, si de judice delegato sermo sit, an stylum curiae, a qua habet mandatum, servare teneatur; an vero illius, ubi judicium agitur: qua in quaestione, quamvis potius curiae delegantis stylo inhaerendum dici possit; quatenus jus reddi videtur ab ipso delegante; quia tamen generaliter cautum, ut statuta loci, ubi jus dicitur, custodiantur, ne perturbatio judiciorum sequatur, potius secundum leges loci procedendum censuit Senatus (1).

(1) *Ab-Eccl. obs* 1. *num.* 28., *et* 29. †

§. 402.

Ex his sequitur, stylo curiae adstringi, non solum incolas, sed et forenses: imo et ipsos clericos, qui coram judice laico litem instituant (1); quemadmodum legibus, et consuetudine in similibus casibus tenentur.

(1) *Ab-Eccl. ibid. num.* 24., *et* 25., *Thes. quaest. forens. lib.* 2. *quaest.* 7. *num.* 9.

TITULUS III.

De jure personarum.

Instit. lib. 1. tit. 3 *De jur. person. etc.*
Digest. lib. 1. tit. 5. *De statu hominum.*

SUMMARIA.

Cum inter tria juris objecta personae primum teneant locum, primum de iis dicendum est. §. 403.
Jus personarum oritur ex earum conditione: conditio ex qualitatibus naturalibus, vel lege humana. Hic tantum considerantur qualitates, quae referuntur ad societatem. §. 404.

Status personarum ille est, quo quis capax fit, vel incapax ad quaedam munera obeunda, vel quasdam res gerendas. §. 405. Inst. l. 1. tit. 2.

A natura distinguuntur personae ex sexu, nativitate, aetate, animi, aut corporis habitu. §. 406. ff. l. 1. tit. 3.

Recensentur hujus divisionis species. §. 407.

Ex legibus humanis dividuntur homines ratione libertatis, civitatis, et familiae. §. 408.

Masculi omnium munerum, conventionum capaces sunt, non foeminae. §. 409.

Melioris foeminae sunt conditionis in aliquibus, deterioris in aliis. §. 410.

Juris ignorantia excusantur foeminae: legitimam habent filiae perduellis, mitius interdum puniuntur. §. 411.

Pares sunt masculis in contractibus, successionibus, dicendo testimonio extra ultimas voluntates: et sub masculino sexu foemineus comprehenditur. §. 412.

Hermaphroditae ejus sexus sunt, qui praevalet; si neuter praevaleat, quem elegerint. §. 413.

Ex nativitate distinguuntur in patres, et filiosfamilias. §. 414.

Distinctio haec partim spectat ad jus naturale, partim ad jus civile. §. 415.

Filiifamilias considerari possunt ratione habita reipublicae, et aliorum civium, vel parentum. Ratione reipublicae omnium munerum capaces sunt. §. 416.

Ratione aliorum civium capaces sunt omnium conventionum, excepto mutuo. §. 417.

Comparati cum patre olim vix a servis differebant; sed haec asperitas sublata est. §. 418.

Nati initio septimi mensis usque ad initium undecimi legitimi existimantur. §. 419.

Explicatur sententia Ulpiani, ex quo ad legitimam hereditatem non admittuntur, qui post decem menses mortis nati sunt. §. 420.

Certum tempus hic praestitui non potest, sed a judice definiendum est, singulis adjunctis mature pensatis. §. 421.

Si quinto, vel sexto mense a nuptiis nascantur, et abortivi sint, hominum numero non adscribuntur; si perfecti editi fuerint, illegitimis accensentur. §. 422.

Si vidua brevi secundas ineat nuptias, et editus partus ad primum, et secundum virum pertinere possit, diversae sunt sententiae. §. 423.

Secundo marito attribuendus est, qui fibi imputare debet, quod praepropere viduam duxerit. §. 424.

Legitimus ergo est congruo tempore natus, et quem nuptiae demonstrant; nec pater eum negare potest. Si mulier viri partum neget, non auditur allegans turpitudinem suam in alterius odium: nec filio nocet utriusque conjugis assertio etiam jurata. §. 425.

Idem est, quamvis mulierem pluries adulterasse constet. §. 426.

Filii nati ex matrimonio nullo, legitime tamen celebrato, legitimi sunt, secus illegitimi. §. 427.

Ex illegitimis alii naturales dicuntur, alii spurii. Qui dicantur naturales? §. 428.

Qui spurii dicantur jure canonico, et civili? §. 429.

Qui nothi, adulterini, incestuosi, nefarii, vel sacrilegi? §. 430.

Naturales censentur de sanguine, et agnatione, et gaudent ejus privilegiis §. 431.

Ex aetate majores sunt, minores, vel pupilli. Qui dicantur majores? §. 432.

Qui minores? §. 433.

Qui pupilli, infantes, vel infantiam egressi? §. 434.

Majores libere se, et sua regunt: minores alteri subsunt quoad bona: pupilli quoad bona, et personam §. 435.

Ex qualitatibus animi amentes, furiosi, et prodigi sub curatore sunt. § 436.

Ex vitiis corporis curatore reguntur, qui propter illud rebus suis superesse nequeunt. §. 437.

Inst. l. 1 tit. 3. ff. l. 1. tit. 5.

Qui dicantur posthumi? §. 438.

Posthumi jure novo comparantur natis pro eorum commodo: ut et qui exsecto matris utero eduntur. §. 439.

Nondum nati nullam proprie habent conditionem, sed propter spem nascendi pro natis habentur, ubi agitur de eorum commodo. §. 440.

Hinc mittuntur in possessionem bonorum, ex quibus alitur mater: curator eorum bonis datur; nec superveniens parentum calamitas eis nocet. Si mortui nascantur, neque concepti censentur. §. 441.

Duplex monstrorum genus. §. 442.

Quae essentialia corporis humani membra habent, filiis, et legitimis annumerantur: non caeteri §. 443.

Filii expositi secundum plures legitimis accensentur: magis communiter, et rectius illegitimis. §. 444. *et* 445.

Praesumptiones pro legitimitate fortiori praesumptione eliduntur. §. 446.

§. 403.

Explicatis diversis legum speciebus progreditur Justinianus ad generalia legum objecta, quae tria sunt: scilicet personae, res, et actiones (*1*). Quia vero res, et actiones causa hominis sunt, ideo rectus ordo postulat, ut in primis de personis agatur, quod exequemur in hoc libro (*2*).

(1) *Omne autem jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. §. ult. institut. de jur. natur. gent., et civil.* (1. 2.)

(2) *In secundo*, 3., *et* 4. *libros usque ad tit.* 6. *lib.* 4. *de rebus tractatur: a tit.* 6. *ad finem de actionibus disseritur, atque simul de iis, quae ad actiones pertinent, vel cum iis connexionem quandam habent.*

§. 404.

Personarum jus ex earum conditione oritur: conditio autem pendet ex quibusdam qualitatibus, quas vel natura ipsa constituit, vel liberae hominum leges. Natura e. c. personas ex sexu distinguit, civile jus liberos a servis secernit. Sed hic animadvertendum est eas solum qualitates considerari, quae relationem habent cum civili societate, quae idcirco diversam conditionem hominum constituere videntur: si enim naturalis personarum status inspiciatur, merito scripsit Ulpianus, omnes homines aequales esse (1).

(1) *Quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt. L. Quod attinet* 32. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 405.

Ergo statum personarum hic eum dicimus, quo quis capax, vel incapax est ad quaedam munera obeunda, vel quasdam res gerendas: puta alienandi, acquirendi, testamenti condendi, tutelae munus suscipiendi, et similium: quae habilitas, vel inhabilitas fundamentum habet in diversis qualitatibus, unde oritur status, seu conditionis diversitas. Ergo personarum status definiri potest: *Certa conditio personarum profluens ex qualitatibus naturalibus, aut arbitrariis quoad civilem societatem consideratis.* Quare in diverso statu dicuntur esse, qui ratione habita diversarum qualitatum diversum tenent locum in societate, quod pertinet ad civiles effectus.

§. 406.

Si naturales qualitates inspiciamus, distinguuntur personae vel ex sexu, vel ex nativitate, vel ex aetate, vel demum ex animi, aut corporis habitu.

§. 407.

Distinguuntur ex sexu in masculos, foeminas, atque hermaphroditas. A nativitate secernuntur. 1. In patres, et filiosfamilias. 2. In legitimos, naturales, spurios, et posthumos. Ætate inspecta alii dicuntur majores, alii minores, alii demum impuberes. Ex animi qualitatibus quidam amentes, mentecapti, vel furiosi nominantur, quibus compa-

rantur prodigi. Demum ex corporis habitu tribuuntur in eos, qui partes omnes, tum essentiales, tum integrales corporis humani habent, aliosque, qui his destituuntur, quos ideo surdos, mutos, eunuchos, abortivos, vel monstra pro vitii qualitate appellamus. Inst. l. 1. tit. 3. ff. l. 1. tit. 5.

§. 408.

Quod pertinet ad leges positivas, cum Romani in personis tres considerent qualitates, videlicet libertatem, civitatem, et familiam, ita tres hominum gradus, seu conditiones statuebant. Ratione habita libertatis homines tribuebant in liberos, et servos. Ratione civitatis in cives Romanos, et peregrinos. Demum ratione familiae in patresfamilias, et filiosfamilias, quos etiam sui, vel alieni juris, dominorum, servorumque exemplo appellabant: atque iterum inter patresfamilias distinguebant, an pupilli, minores, vel majores essent: ex quo patet, postremas hasce duas personarum divisiones sub diverso respectu ad jus naturale, et civile simul referri posse. Hic ergo inquirendum est jus personarum, quae in his diversis speciebus continentur, nempe quarum rerum, vel munerum capaces sint, nec ne.

§. 409.

Masculi, utpote feliciori ingenio a natura praediti, et singulari prudentia, munerum omnium, et conventionum capaces sunt, nisi quis speciali ratione prohibeatur, ideoque foeminis praeferuntur (1): contra foeminae a publicis muneribus arcentur, pro aliis fidejubere vetantur (2): nec testes esse possunt in testamentis (3), nec tutelam gerere, nisi filiorum suorum ex speciali Principis indulgentia (4).

(1) *L. 1. ff. de senatoribus* (1. 9.).

(2) *Foeminae ab omnibus officiis civilibus, vel publicis remotae sunt: et ideo nec judices esse possunt, nec Magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procuratores existere. L. 2. ff. de regulis juris.* (50. 17.)

(3) *§. Testes autem 6. institut. de testam. ordinan.* (2. 10.)

(4) *L. ult. ff. de tutelis* (26. 1.).

§. 410.

In iis vero, in quibus imbecillitas sexus, indulgentiam, videtur, expostulare, melior est foeminarum, quam masculorum conditio, ut merito dixerit Papinianus, in multis juris articulis deteriorem esse foeminarum, quam masculorum conditionem (1), quo significaret, potiorem esse in aliis.

(1) *L. In multis 9. ff. hoc tit.*

§. 411.

Hinc juris ignorantia foeminas excusat, quae masculis non prodest (1): filiabus eorum, qui perduellionis conscii sunt, legitima in bonis maternis conceditur; quae masculis denegatur (2). Demum in quibusdam delictis mitius, quam masculi puniuntur (3).

(1) *L. Regula est 9. ff. de jur., et fact. ignor.* (22. 6.) *Non tamen, ut lucrum captent, sed tantum, ut damnum vitent. L. error facti 8. ff. eod. tit.*

(2) *L. Quisquis 5. §. 1., et §. Ad filias 3. cod. ad l. Jul. majest.* (9. 8.)

(3) *L. Si adulterium 38. §. Quare mulier 2. ff. ad l. Jul. de adulteriis* (48. 5.), *ubi traditur, mulierem quidem eandem poenam sustinere, quam mares, si incestum jure gentium prohibitum admiserit: ab incesti vero crimine excusari, si sola Romani juris observatio intervenerit; quia juris civilis ignorantia mulieri non imputatur.*

§. 412.

Caeterum in aliis quaestionibus nullum est inter mares, et foeminas a legibus discrimen constitutum: puta in conventionibus praeter fidejussionem, in testamentis, successionibus (1), in dicendo testimonio, extra ultimas voluntates (2) (quamquam in testes non facile admittuntur mulieres, cum agitur de probanda re, quae aeque per masculos probari potest, puta de consuetudine; nec aequalis foeminis, ac masculis fides adhibetur; quia non potest esse foemina omni exceptione major (3)), itaut sub masculino

Inst. l. 1. tit. 3. ff. l. 1. tit. 5. sexu foemineus comprehendatur (4); sed non e contrario sub foemineo continentur masculi, quod pessimum exemplo Pomponio visum est (5), non minus, quam virum muliebribus uti vestibus (6).

(1) *L. Maximum vitium 4. cod. de lib. praeterit.* (6. 28.)

(2) *Ex eo, quod prohibet lex Julia de adulteriis, testimonium dicere condemnatam mulierem, colligitur, etiam mulieres testimonii in judicio dicendi jus habere. L. 18, ff. de testib.* (22. 5.)

(3) *Fab. cod. de testib. lib. 4. tit. 15. def.* 58.

(4) *L. Qui duos mulos 62. ff. de legatis* 3. (32. 1.)

(5) *Exemplo enim pessimum est, foeminino vocabulo etiam masculos contineri. L. Si ita sit scriptum 45. ff. de legat. 2.* (31. 1.)

(6) *L. Vestis 23. §. Vestimenta 2. ff. de auro, argent. legat.* (34. 2.)

§. 413.

Quod pertinet ad hermaphroditas, cui sexui sint accensendi, inspiciendum est, uter praevaleat (1): si neuter praevaleat, in arbitrio ipsorum erit, quem malint, sexum eligere, praerepta tamen variandi facultate, quae pudori, atque honestati contraria videretur. Aliis tamen videtur, masculinum sexum prae foeminino eligendum, quia nobilior, et praecellentior est (2)

(1) *Quaeritur, hermaphroditum cui comparamus? et magis puto ejus sexus aestimandum, qui in eo praevalet. L. 10. ff. hoc tit.*

(2) *Argum. l. Cum in diversis 44. ff. de relig., et sumpt. fun.* (11. 7.), *l. Justissime 44. ff. de aedilit. ediet.* (21. 1.), *quae duae leges, meo quidem judicio, nihil probant.*

§. 414.

Nativitas homines distinguit in patresfamilias, et filiosfamilias. Patresfamilias nominantur, qui suae potestatis sunt, et dominium habent in domo, quamvis liberos non habeant; non enim eo nomine persona, sed jus demonstratur: unde et pupillus paterfamilias appellatur (1); filiosfamilias dicimus, qui patris potestati subjiciuntur (2).

(1) *L. Pronunciatio 195. §. Familiae appellatio 2. in med. ff. de verb. significat.* (50. 15.)

(2) *L. Nam civium 4. ff. de his qui sui, vel alien. jur. sunt* (1. 6.), *princip. instit. eod. tit.* (1. 8.)

§. 415.

Distinctio autem haec si consideretur, prout Romano jure regitur, partim ad naturale jus spectat, partim ad leges positivas. Quantum ad parentum auctoritatem in filios, ex qua obsequium, reverentia, atque obedientia parentibus a liberis praestanda est; et vicissim parentes, filios educare, et necessaria alimenta suppeditare, tenentur, juris naturalis est. Quod vero pertinet ad modum patriae potestatis, quae Romanis sanctionibus eo usque protendebatur, ut parentibus impune liceret, filios vendere, imo etiam occidere, et liberis adempta erat facultas acquirendi sibimetipsis, Romano juri accepto ferri debet.

§. 416.

Filiorumfamilias triplex esse potest consideratio: ratione reipublicae, vel aliorum civium, vel parentum. Si tamquam reipublicae membra aestimentur, capaces sunt omnium munerum publicorum, aeque ac patresfamilias; cum in his, quae publici officii sunt, tamquam patresfamilias considerentur (1); itaut iis publicam personam sustinentibus cedat pater, atque filio honorificentior locus debeatur (2).

(1) *Filiusfamilias in publicis caussis loco patrisfamilias habetur: veluti si vel Magistratum gerat, vel tutor detur. L. 9. ff. de his qui sui vel alien. jur. sunt* (1. 6.), *princip. institut., qui testam. tut. dari possunt* (1. 14.)

(2) *Si quis filiusfamilias sit, et Magistratum gerat, patrem suum .... cogere po-*

terit, suspectam dicentem hereditatem adire, et restituere; nam, quod ad jus publicum attinet, non sequitur jus potestatis. L. Ille, a quo 13. §. *ult.*, *et l.* 14. *ff. ad Senat. Consult. Trebell.* (36. 1.) Inst. l. 1. tit. 3. ff. l. 1. tit. 5.

§. 417.

Si cum aliis civibus filiifamilias comparentur, omnium conventionum, omniumque civilium aetuum capaces sunt (1): mutuo tamen excepto, quod singulari ratione filiisfamilias accipi prohibetur (2).

(1) *Tam ex contractibus, quam ex delictis in filiumfamilias competit actio. L.* 57. *ff. de judiciis* (5. 1.), *l. Filiusfamilias* 39. *ff. de obligat.*, *et act.* (44. 7.)

(2) *Toto titulo ff. de Senatusconsulto Macedon.* (14. 6.)

§. 418.

Demum si filiumfamilias eum patre, in cujus sit potestate, comparemus, antiquo jure, ut jam innuimus, ita ei subjicebatur, ut vix a servis, et rebus mancipi differet (1). Sed haec posterioribus legibus merito sublata sunt, quibus tantum relieta est moderata coercitio (2); patria enim potestas potius in pietate, quam in atrocitate consistere debet (3), et meritis filii ad paterna obsequia provocandi sunt, non servitute adstringendi (4).

(1) *L.* 1. §. *Per hanc autem* 2. *ff. de rei vindic.* (6. 1.), *l. In suis heredibus* 11. *ff. de liber.*, *et posth.* (28. 2.), *l.* 3. §. 4. *ff. de liber. exhibend.* (43. 30.), §. 13. *instit. de action.* (4. 6.)

(2) *L. Si filius tuus* 3. *cod. de patria potestate* (8. 47.), *l. unic. cod. de emendat. propinq.* (9. 15.)

(3) *L. Divus Adrianus* 5. *ff. ad l. Pompej. de parricidiis* (48. 9.)

(4) *L. Si quando* 35. §. 1. *in fine cod. de inoff. testam.* (3. 28.)

§. 419.

Legitimis Romano jure accensentur, qui septimo mense nascuntur (1), vel etiam initio septimi; cum justo tempore dicatur natus, qui centesimo octogesimo secundo die natus est (2), usque ad initium undecimi mensis (3).

(1) *Septimo mense nasci perfectum partum, jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est, eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse. L.* 12. *ff. hoc tit.*

(2) *De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit, et Divus Pius Pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum. L. Intestato* 3 §. *ult. ff. de suis, et legit. hered.* (38. 16.)

(3) *L. Gallus* 29. *ff. de liber.*, *et posthumis* (28. 2.)

§. 420.

Nec nocet, quod traditur, ad legitimam hereditatem eos non admitti, qui post decem menses mortis nati sunt (1), quum id intelligendum sit, quando plures dies post decem menses effluxerunt; nam cum ex Gallo Aquilio (2) possit nepos posthumus heres institui, si in decem mensibus proximis a morte patris nascatur, nec conceptus existimari possit ea ipsa die, qua pater moritur, merito inferimus, legitimum esse judicandum, qui fere statim post decimum mensem in lucem prodeat: maxime cum Justinianus e legitimorum numero eos tantum excludere videatur, quos undecimo mense completo mulier parit (1).

(1) *D. l.* 3. §. *Post decem* 11. *ff. de suis, et legitim. heredib.*

(2) *D l.* 29. *princ. ff. de. lib. et posth.* (28. 2.)

(3) *Nondum enim completo anno, undecimo mense perfecto peperit, ut non esset possibile dicere, quia de defuncto fuisset partus; neque enim in tantum tempus conceptionis extensum est. Novell.* 39. *cap.* 2. *in medio.*

§. 421.

Quin imo nec desunt, qui ulterius progrediantur, statuentes, nullam hic certam prae-

Inst. l. 1. tit. 3. ff. l. 1. tit. 5. scribi posse regulam, quae potius arbitrio judicis relinquenda sit, pensatis omnibus circumstantiis, mulieris fama, moribus, et anteacta vita, adhibitis etiam in consilium artis medicae peritis; quia et inter ipsos medicos non satis conveniat de extremo gestandi uteri tempore, et aliunde satis compertum sit, quemadmodum saepe contingit, ut ira, terrore, tristitia, aliisque subitaneis animi motibus foeminae citius pariant; ita contra fieri posse, ut ex infirmitate valetudinis, alimentorum penuria, animi aegritudine tempus retardetur. Hinc duodecimo mense natum legitimum, et defuncti viri heredem in Frisia declaratum fuisse, testis est post Sande Voet (1); ita suadente mulieris probitate, et pudicitiae fama. Quin imo ex judicio Parisiensi reputatum fuisse legitimum partum quatuordecim mensium ex eo, quod inter caetera adjuncta mater esset honestissimis praedita moribus, narrat Reiffenstuel (2); ea ratione, quod delictum non praesumatur, donec probetur (3), et in dubio favore prolis innocentis sentiendum sit (4), et benigniora praeferenda (5): leges autem, quae contra definire videntur, explicari possint de iis, quae frequenter, et facile eveniunt, non vero de iis, quae inopinato, et semel contingere possunt (6).

(1) *Voet in pandectas num. 4. in fine de his, qui sui, vel alien. jur. sunt.*
(2) *Lib. 4. decretal. tit. 17. num. 23.*
(3) *Argum. l. Merito 51. ff. pro socio* (17. 2.).
(4) *L. Nuper 11. cod. de natural. liber.* (5. 27.)
(5) *L. Semper in dubiis 56. ff. de reg. jur.*
(6) *L. Jura 3., l. 4., 5., et 6. ff. de legibus* (1. 3.).

§. 422.

Sed quid dicendum si quinto, vel sexto mense a nuptiis contractis edatur? Si imperfectus sit, quem abortivum vocant, quum vivere non possit, hominum numero non est adscribendus: si perfectum edi contingat, inter illegitimos reputabimus, quem pater, nec ut suum agnoscere, nec idcirco alere tenebitur, quia medicorum judicio saltem ante initium septimi mensis perfectus partus esse non potest.

§. 423.

Quid iterum, si mulier, brevi post prioris conjugis obitum, ad secundas convolaverit nuptias, atque eo tempore enixa sit, quo ex utroque marito concipere potuisset? Priori ne, an posteriori viro partus erit adscribendus? Dissentiunt in hac quaestione doctores. Aliis placet neutrius, aliis utriusque filium eo sensu dicendum, quod ex utriusque patrimonio alendus sit: alii, in electione prolis esse, constituunt, utrum defuncti, an superstitis filius haberi velit. Prior opinio impossibilitatem, ut et secunda involvit, imo iniquitatem: tertia nullo nititur fundamento; non magis, quam illorum sententia, qui ex vultu, et lineamentis dijudicandum existimant, cujus hic filius sit; quamvis enim saepe parentibus similes esse soleant filii, experientia tamen teste compertum est, frequentius dissimiles parentibus nasci liberos, non tantum forma, sed et ingenio, moribus: atque extraneis magis assimilatos procreari.

§. 424.

Praeferenda igitur eorum sententia videtur, qui secundo marito partum hunc attribuendum putant; tum quia in jure ejus semper praesumitur filius, ex cujus uxore eum ipso cohabitante nascitur, nisi legitimis probationibus contrarium edoceat (1); tum quia sibimet imputare debet secundus conjux, quod contra legis civilis prohibitionem non expectato anno luctus alterius derelictam sibi matrimonio copulaverit (2).

(1) *L. Filium 6. ff. de his qui sui, vel alien. jur. sunt* (1. 6.).
(2) *Argum. l. Non exigimus 2. §. Si quis tamen 8. ff. si quis caution.* (2. 11.)

§. 425.

Ex dictis satis constat, legitimum eum censeri filium, qui congruo tempore natus est, quemque nuptiae demonstrant (1); itant audiendus non sit pater cum uxore cohabitans,

si suum neget, nisi aliud probet (2). Sed quid juris, si mulier maritum partus negat esse patrem? Communis omnium sententia est, nullam esse adhibendam in hoc mulieri fidem, quamvis in partus difficultatibus, vel in vitae periculo constitutae; tum quia, si cum marito continuo fuerit morata, vix est, ut scire possit, ex quo conceperit (3); tum quia regula generalis est, jure etiam probata, alleganti suam turpitudinem, maximo in alterius dispendium, fidem non esse praestandam (4); eam enim assertionem ex ira, odio, aliave simili caussa procedere, jura praesumunt (5). Ex quo sequitur, ne quidem filio nocere asseverationem utriusque conjugis, quae aliis adminiculis suffulta non sit (6), quamvis jurejurando firmata esset hujusmodi assertio (7). Inst. l. 1. tit. 3. ff. l. 1. tit. 5.

(1) *L. Quia semper* 5. *ff. de in jus vocando* (2. 4.).

(2) *Filium eum definimus, qui ex viro, et uxore ejus nascitur. Sed si fingamus, abfuisse maritum, verbigratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua: placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum Julianus ait; eum, qui cum uxore sua assidue moratus, nolit filium adgnoscere, quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquandiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente, vel alia caussa, vel si ea valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possit; hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse. L.* 6. *ff. de his, qui sui vel alien. jur. sunt* (1. 6.)

(3) *Argum. l.* 1. §. *Si mulier* 7. *ff. de agnosc. et alend. lib.* (25. 3.)

(4) *L. Mercalem* 5. *cod. de condict. ob turp. caus.* (4. 7.), *l. Transactione* 30. *cod. de transaction.* (2. 4.)

(5) *L. Imperatores* 29. §. 1. *ff. de probationib.* (22. 3.)

(6) *Non nudis adseverationibus, nec ementita professione (licet utrique consentiant), sed matrimonio legitimo concepti, vel adoptione solemni filii civili jure patri constituuntur. L.* 14. *cod. de probat.* (4. 29.)

(7) *Cap. Per tuas* 10. *extra de probationibus* (2. 19.), *Thes. quaest. forens. lib.* 3. *quaest.* 103. *num.* 7.

§. 426.

Major difficultas est, si mulierem, pluries adulterasse, constet; eum in hac specie praesumptio stet contra filium. Sed quia praesumptio fortior tollit infirmiorem (1), fortior autem est, quae filio favet ratione matrimonii (2), nec ex mulieris adulterio necessario infertur ad hujus, vel alterius filii illegitimitatem, idcirco traditum, etiam in hoc casu legitimum reputandum (3).

(1) *L. Ob carmen* 21. §. *ult. ff. de testibus* (22. 5.)

(2) *D. l. Filium* 6. *ff. de his, qui sui, vel alien. jur. sunt* (1. 6.)

(3) *Nam non utique crimen adulterii, quod mulieri objicitur, infanti praejudicat, cum possit, et illa adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse. L. Miles* 11. §. *Quae propter* 9. *ff. ad l. Jul. de adulter.* (48. 5.), *Thes. d. quaest.* 103. *lib.* 3. *num.* 6. †.

§. 427.

Si post celebratum conjugium vir ab uxore divertat, legitima etiam auctoritate, utrum filii ex eo, ut vocant, putativo matrimonio progeniti legitimis adscribendi sint, distinguendum est. Si matrimonium contractum fuerit bona fide, in facie Ecclesiae, et servatis praescriptis solemnitatibus, in jure traditur, filios inde natos legitimos esse (1); licet inter virum, et mulierem divortii sententia canonice fuerit deinde prolata; cum aequum non sit, ut innocentes filii prius concepti jacturam inde sustineant (2). Aliter dicendum, si in celebratione matrimonii aliquod fuerit vitium, vel quae requisita praetermissa solemnitas (3).

(1) *Cap. Cum inter* 2. *extra qui filii sint legitimi* (4. 17.).

Inst. l. 1. tit. 3. ff. l. 1. tit. 5. (2) *Cum nec ullum crimen parentibus imputari possit; alioquin enim filii, licet insontes, iniquitatem parentum portant.*

(3) *D. Cap. Cum inter 2. qui filii sint legitimi.*

§. 428.

Diximus de legitimis, nunc de illegitimis dicendum; quorum variae assignari solent a doctoribus species. In primis alii naturales dicuntur, alii spurii. Naturales jure canonico illi sunt, qui a parentibus solutis originem habent, inter quos conceptionis, vel saltem nativitatis tempore matrimonium legitimum esse poterat, quamvis mater fuerit meretrix publica. Jure vero civili inspecto ii tantum, qui ex concubina domi retenta procreantur, proprie naturales dicuntur (1): qui ex alia foemina, vel ex meretrice ortum habent, spurii nominantur (2). Quamquam in foro receptum est, ut generaliter naturales dicantur, qui ex soluta, et soluto gignuntur (3): specialius autem manzeres, vel manseres qui publicam meretricem matrem habent.

(1) *L.* 1., *et passim ff. de concubinis* (25. 7.)

(2) *L. Vulgo concepti* 23. *ff. hoc tit.*

(3) *Thes. quaest. forens. lib.* 1. *qu.* 22. *num.* 2, *et* 17.

§. 429.

Jure canonico spurii nominantur generali vocabulo, quicumque nati sunt a parentibus, inter quos tempore conceptionis, vel nativitatis matrimonium consistere non poterat (1): atque hoc sensu dividuntur spurii in nothos, adulterinos, incestuosos, sacrilegos, et nefarios.

(1) *Argum. cap. Caussam* 4. *extra qui filii sint legit.* (4. 17.)

§. 430.

Nothos dicimus, qui nascuntur ex conjugato, et soluta, vel viceversa: adulterinos, qui ex adulterio ex parte utriusque gignuntur: incestuosos, qui procreantur ex parentibus affinitate, vel consanguinitate in linae transversa conjunctis (1); si enim ex consanguineis nascantur in linea recta, nefarii potius dicuntur (2): demum sacrilegi nomen illis accommodatur, qui ex personis solemni castitatis voto Deo dicatis progeniti sunt.

(1) *L. Sororis* 39. *princ.*, *et* §. 1. *ff. de ritu nupt.* (23. 2.)

(2) §. 1. *institut. de nupt.* (1. 10.)

§. 431.

Inter has autem diversas illegitimorum species, quod ad successionem attinet, maximum discrimen est (1), prout suo loco dicemus. Hic, unum adnotare, sufficiat, naturales hodie de consuetudine totius Italiae, et Pedemontis posse deferre arma, et insignia domus; atque dici de sanguine, et agnatione, quemadmodum legitimos (2): adeoque privilegiis, et nobilitate parentum gaudere ex recepta consuetudine: nisi jura haec a feudo dependeant, in quibus successio denegatur (3). Olim tamen apud nos vetitum erat, ne filii etiam legitimi illegitimorum nobilium arma, et cognomen deferrent agnationis, nisi facultatibus instructi essent sufficientibus ad tenendum statum nobilitatis, moribusque, et virtutibus pollerent, atque insuper ab agnatis facultatem hanc impetrassent (4).

(1) *Videatur Thes. quaest.* 22. *lib.* 1. *per totum.*

(2) *Thes. quaest. forens. lib.* 2. *qu.* 45., *ubi et ad spurios haec extendit: modo tamen illegitimi omnes discrimen aliquod in armis, et insignibus adjiciant, quo a legitimis secernantur*, ponendo scilicet barram per transversum, incipiendo a parte sinistra versus dexteram: *non obstante contraria praescriptione (quae tamen quadragenaria non fit), vel consensu majoris partis agnatorum, cui unus potest contradicere. Fab. cod. de dignitate, et nobilitate lib.* 9. *tit.* 29. *def.* 20., *et* 27.

(3) *Thes. lib.* 3. *quaest.* 5. *num.* 3. *et* 4., *Sola decret. Filii naturales num.* 5. †. *pag.* 136.

(4) *Sola de insignibus, et armis pag.* 136.

§. 432.

Superest disserendum, quo jure regantur posthumi, quibus comparari possunt, qui exsecto matris utero prodierunt, vel nondum nati sunt. Posthumi generatim dicuntur, qui post patris, aut matris mortem nascuntur (1), quamquam magis proprie nati mortuo patre hoc nomine significari solent (2). Inst. l. 1. tit. 3. ff. l. 1. tit. 5

(1) *Consulto abstinemus ab enumerandis diversis posthumorum speciebus, quorum alii sui, alii alieni, vel extranei dicantur: tum Vellejani, vel primi, vel secundi capitis, Juliani, Aquiliani, Corneliani; tum quia minus proprie posthumorum nomen illis accommodatur; tum quia jure novo inspecto nullum est inter ipsos discrimen.*

(2) *Posthumos autem dicimus eos dumtaxat, qui post mortem parentis nascuntur. L. Postumi* 3. §. 1. *ff. de injus. rup. etc.* (28. 3.)

§. 433.

Quod ad posthumos attinet, licet jure veteri in plerisque ab aliis differrent jure tamen novo a Justiniano inducto. quoties de eorum commodo agitur, natis per omnia comparantur (1). Idem de iis affirmandum, qui exsecto matris ventre in lucem eduntur (2).

(1) §. *Sed haec quidem* 5. *inst. de exheredat. liber.* (2. 13.), *l. Quod certatum est* 3. *cod. de posthum. hered. instit.* (6. 29.)

(2) *Natum accipe, et si exsecto ventre editus sit. L. Quod dicitur* 12. *ff. de liber. et posthum.* (28. 2.)

§. 434.

Qui adhuc nati non sunt, ii nullam, si proprie loqui velimus, conditionem habent, cum spes tantum animantis sint (1), et portio mulieris, vel viscerum (2); adeoque, saltem quoad alios, homines non reputantur (3). Interim vero, quia spes est, ut nascantur; et humanitas suggerit, ut eis prospiciatur: quoties de eorum commodo agitur, pro natis habentur (4).

(1) *L. Negat. lex* 2. *ff. de mortuo infer.* (11. 8.)

(2) *L.* 1. §. 1. *ff. de inspic. ventre.* (25. 4.)

(3) *Partus nondum editus, homo recte non fuisse dicitur. L. In falcidia* 9. §. 1. *ff. ad l. Falcid.* (35. 2.)

(4) *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur; quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit. L.* 7. *ff. hoc tit. Potest ergo hujusmodi filius non tantum heres institui, sed et restitui in integrum; quia haec favorem ipsius continent.*

§. 435.

Hinc in possessionem bonorum, quasi nati fuissent, mittuntur (1), unde et mater ipsorum, ita dicam, jure, et nomine congrua conditioni alimenta percipiat, licet aliunde habeat, quo necessitati suae consulat: quia alimenta ei praestari videntur, qui in ventre est (2); eorumque nomine bonis curator datur (3). Imo et ulterius traditum, supervenientem patri, vel matri calamitatem eis nequaquam nocere: itant liberi, et ingenui nascantur, quamvis post conceptionem mater in servitutem redigatur, vel ultimo damnetur supplicio: et quasi senatoris filii reputentur, si prius concepti sint, quam pater ab ordine moveretur (4). Si vero mortui deinde nascantur, cedunt fictiones veritati, et idcirco neque nati, neque unquam concepti existimantur (5).

(1) *Praetor ventrem mittit in possessionem. L.* 1. *ff. de ventr. in possess. mittendo* (37. 9.).

(2) *D. l.* 1. §. *Mulier autem* 19.

(3) *L. Bonorum* 8. *ff. de curat. furios.* (27. 10.)

(4) *L. Imperator* 18., *l. Qui in utero sunt* 26. *ff. hoc tit.*, *juncta l* 1. *cod. de postlim. revers.* (8. 51.), *princ. inst. de ingenuis*, *l. Emancipatum* 7. §. 1. *ff. de senatorib.* (1. 9.)

(5) *L. Qui mortui* 129. *ff. de verb. signific.* (50. 16.)

Inst. l. 1. tit. 3. ff. 1. 1. tit 5.

§. 436.

Ætas, ut diximus, homines distinguit in majores, minores, et pupillos, seu puberes, et impuberes. Majores sunt, qui ad perfectam aetatem pervenerunt, qua satis consilii habere existimantur, ut semetipsos regant, et rebus suis administrandis idonei sint; haec autem aetas incipit jure Romano post annum vigesimumquintum completum (1); atque Regiis sanctionibus post vigesimum etiam completum (2), et in aliis regionibus citius, vel serius tempus praefinitur, prout citius, vel tardius crescunt corporis vires, et cum iis animi robur.

(1) *L.* 1. §. *Apparet* 2. *ff. de minorib.* (4. 4.)

(2) *Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 11. §. 8.

§. 437.

Minores eos dicimus, qui excesserunt annum decimumquartum, si de masculis sermo sit, vel duodecimum, si de foeminis, nec tamen adhuc eam attigerunt, quae perfecta nominatur (1).

(1) *D. l.* 1. §. 2. *ff. de minoribus.*

§. 438.

Demum pupilli vocantur masculi, intra decimumquartum annum constituti, foeminae intraduodecimum (1). Impuberes, qui annum septimum non compleverunt, specialiori nomine infantes nominantur: aetas autem, quae intercedit ab anno septimo ad decimumquartum, vel duodecimum, adhuc in duas partes aequales tribuitur, itaut, qui in prima sunt, infantiae proximi, qui in altera, pubertati proximi esse dicantur (2).

(1) *Princ. inst. quib. modis tutela finitur, l. A qua aetate* 5. *ff. qui testam. facere* (28. 1.), §. 1. *inst. quib. non est permis. fac. testam.* (2. 12.)

(2) §. *Pupillus omne* 9. *instit. de inutil. stipulat.* (3. 20.)*: quamvis enim nullibi praecise definitum fit, quo tempore impuberes infantiae, vel pubertati proximi dici debeant; quia tamen tempus ab infantia ad pubertatem in duas partes Justinianus distribuit in d.* §. 9.*, et partis nomem simpliciter prolatum dimidiam indicat ex l. Nomen filiarum* 164. §. 1. *ff. de verb. signific.*; (50. 16.) *idcirco aequaliter utrumque tempus dividendum fuit: nullatenus refragante l. Non tantum* 17. *ff. de excusat.* (27. 1.), *in qua tradit Callistratus, eos tantum pupillos prope pubertatem dici debere, quibus nonnisi semestre tempus desit; non enim de iis, quae personam impuberis spectant, loquitur jureconsultus, sed de tutore, qui trium tutelarum ratione a novo tutelae onere suscipiendo se velit excusare; quem se defendere non posse docet, si alter ex pupillis, quorum gerit tutelam, proximus sit pubertati; proximum autem interpretatur, qui semestri tantum tempore a pubertate distet, excusationis justam praebiturus caussam, si longius a pubertate distaret.*

§. 439.

Diversitas autem, quae in his conditionum generibus a Romanis legibus consideratur, haec est, quod majoribus libera sit facultas, se, suaque administrandi: minores alteri quidem omnino non subsint in eo, quod pertinet ad vitae institutionem, morumque rationem; sed nihilominus quoad bonorum administrationem ab alterius pendeant potestate. Demum pupilli in utroque alterius regi debeant arbitrio (1).

(1) *D. princ. inst. quibus modis tutela finitur* (1. 22.), *princip. inst. de tutel.* (1. 13.), *princip. inst. de curat.* (1. 23.)

§. 440.

Qualitates tum animi, tum corporis, diversae quoque conditioni in civili societate locum dare possunt. Hinc mentecaptis, furiosis, prodigis, denegatur facultas, qua proprias res gerant, iisque tutor, vel curator datur (1). Quamquam vitia haec, si proprie loqui velimus, conditionem non mutant: cum juxta legum Romanarum sanctionem per ea nec status, nec dignitas amittatur (2), immo nec patria potestas (3).

(1) §. *Sed et mentecaptis* 4. *inst. de curat.* (1. 23.)

(2) *Qui furere coepit; et statum, et dignitatem, in qua fuit, et magistratum, et potestatem videtur retinere, sicut rei suae dominium retinet. L.* 20. *ff. hoc tit.*

(3) *L.* 8. *ff. de his qui sui, vel alieni juris sunt.* (1. 6.)

Inst. l. 1. tit. 3. ff. l. 1. tit. 5.

§. 441.

Quod de animi vitiis mox diximus, idem de corporis defectibus affirmandum, quibus fieri potest, ut quis rebus suis gerendis minime idoneus fiat; itaut isti etiam curatorum potestati subjiciantur (1).

(1) *D.* §. 4. *instit. de curatorib.* (1. 23.)

§. 442.

Ex iis, quae supra explicavimus de infantibus quinto, vel sexto mense natis (§. 422.), satis constat, quid de abortivis jus sit. Quoad monstra, duplex eorum genus distinguendum est: sunt enim monstra, seu portenta, quae essentialibus corporis humani partibus constant, sed vitio aliquo deturpata in caeteris, quae vulgo partes integrales dicuntur, puta tres manus habent, vel tres pedes. Alia vero imaginem quidem naturae humanae in quibusdam referunt, sed et simul vitium essentiale est in aliqua praecipua corporis parte (1).

(1) *Ostentum Labeo definit, omne contra naturam cujusque rei genitum, factumque. Duo genera autem sunt ostentorum; unum, quoties quid contra naturam nascitur, tribus manibus forte aut pedibus, aut qua alia parte corporis, quae naturae contraria est: alterum, cum quid prodigiosum videtur, quae Graeci visiones vocant. L. Ostentum* 38. *ff. de verb. signific.* (50. 16.)

§. 443.

Prioris generis monstra hominibus, et filiis annumerantur, atque ideo omnibus legitimorum juribus gaudent (1); nec enim ulla habetur vitiorum quae substantiam non afficiunt, ratio in civili societate (2): posterioris vero speciei nec hominibus, nec filiis accensentur (3); nisi in eo casu, quo innocentium parentum favor aliter expostulare videatur, ut damnum vitent (4), non vero, ut emolumentum acquirant (5).

(1) *Partus, qui membrorum humanorum officia ampliavit . . . inter liberos connumerabitur. L. Non sunt liberi* 14. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Idem Ofilius* 10. §. *Sed si quis* 2. *ff. de aedilit. edic.* (21. 1.)

(3) *Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur. D. l.* 14. *ff. hoc tit.*

(4) *L. Quaeret aliquis* 135. *ff. de verb. significat.*

(5) *Paulus lib.* 4. *sententiarum tit.* 9. §. 2. *Nempe, d. l.* 135. *desumpta est ex libro* 4. *ad legem Juliam, et Papiam, qua cavebatur, ut orbi nonnisi semissem ejus, quod ipsis relictum esset ex alieno testamento, percipere possent; quae lex poenalis, atque odiosa est; ideoque, quantum fieri poterat, restringenda, ut partus etiam portentosus prodesset ad vitandam orbitatis poenam; ubi maxime nulla erat culpa, et agebatur de jure jam quaesito, per legis sanctionem auferendo. Contra Paulus agit de matre, quae velit, legitimis heredibus exclusis, ad successionem filii admitti. Merito ergo definitum, repellendam eam esse ab hereditate, si monstrum enixa sit: quippequod, cum homo non censeatur, non potuit hereditatem acquirere, quam ad matrem transmitteret. Ergo non de lucro quaesito retinendo agit mater, ut contingit in alia specie; sed de lucro quaerendo contra consanguineos ad successionem a lege vocatos. Quare favore digna non est: sed secundum generales juris regulas, quibus monstra ex hominum numero excluduntur, quaestio dijudicanda erat.*

§. 444.

Superest, ut de infantibus expositis quaedam dicamus, an filii legitimi sint existimandi, necne. Legitimis plures accensent (1), ea moti ratione, quod in dubio ea su-

Inst. l. 1. tit. 3. ff. l. 1. tit. 5. menda sit conjectura, quae delictum excludat, quod nunquam praesumitur (2), et quae filiis favet (3): maxime quia non ob solum infamiae metum liberi exponi a parentibus soleant, sed et ob parentum necessitatem, vel inhumanitatem, ut non infrequens docet experientia, quos ideo homicidas jure vocat Paulus (4).

(1) *Menochius de praesumpt. lib. 6. qu. 54. num. 20., Mascardus de probation. conclus. 799.*

(2) *Argum. l. Merito 51. ff. pro socio (17. 2.), capit. Estote 2. extra de reg. jur., cap. Lator 5., et cap. Pervenit 11. extra qui filii sint legitimi. (4. 17.)*

(3) *D. l. Filium 6. ff. de his, qui sui, vel alien. jur. sunt. (1. 6.)*

(4) *Necare videtur non tantum is, qui partum perfocat, sed et is, qui abjicit, et qui alimonia denegat, et is, qui publicis locis misericordiae caussa exponit, quam ipse non habet. L. Necare videtur 4. ff. de agnosc., et alend. liber. (25. 3.)*

§. 445.

Verum communior est contrasentientium opinio gravioribus innixa momentis, quae ideo jure praeferri debeat; jus enim in dubiis casibus non ex iis praestitui debet, quae semel, aut iterum contingunt (1), sed ex illis potius, quae plerunque evenire solent; ne loco regulae exceptio ponatur; longe autem frequentius accidit, ut, qui projiciuntur, seu exponuntur, illegitimi sint. Atque ita in Romana Curia observatur (2).

(1) *Argum. l. Jura constitui 3. cum 3. seqq. ff. de leg. (1. 3.)*

(2) *Testes sunt Rota recent. dec. 790. n. 3., Corradus in praxi dispensat. lib. 3. cap. 2. num. 2., et 9.*

§. 446.

Neque obsunt, quae contra opponuntur; siquidem praesumptiones favore filiorum, quibus insistunt adversarii, habere locum nullatenus possunt in hac specie, ubi longe fortior contra ipsos praesumptio est; quae infirmiorem diluit: quemadmodum in conflictu probationum major praeponderat (1).

(1) *L. Ob carmen 21. §. Si testes 3. ff. de testib. (22. 5.)*

APPENDIX.

Quibus modis filiatio probetur.

SUMMARIA.

Filiatio probanda est tum ab actore, tum a reo, nisi notoria sit. §. 447.

Quia difficilis est probationis, admittuntur leviores conjecturae. §. 448.

Sex modis filiatio probatur. §. 449.

Prima, et potior ex cohabitatione conjugum deducitur, licet mulier adultera fuerit; vel dubitetur de validitate matrimonii. §. 450.

Secunda est, cum quis habitus, baptizatus, et educatus fuit, tanquam alicujus filius. §. 451.

Tertia est nominatio facta a patre publice et assertive: quo casu non admittitur contrarium jusjurandum, nec alia probatio. §. 452.

Sed, si incidenter facta sit, et ad alium finem, ex se sola non probat filiationem, nisi in antiquis: in recentibus praesumptionem inducit. §. 453. et 454.

Nominationem refert institutio alicujus facta, tamquam filii, maxime in legitima. §. 455.

Ex Thesauro in his casibus oritur praesumptio filiationis, quae sit juris, et de jure. §. 456.

4. Filiatio probatur ex publica fama: maxime si alia concurrant adminicula. §. 457. Inst. l. 1. tit. 3. ff. l. 1. tit. 5.

Famae adjungitur depositio testium, qui affirment, matrimonium habitum fuisse pro legitimo; vel filium publice quem reputari. §. 458.

Fama, ut et testes vires accipiunt ex paterno nomine, confessionibus adversae partis, vel aliorum interesse habentium. §. 459.

5. Probatur sententia judicis, quae vim habet quoad patrem, et alios: modo de ipsa filiatione judex pronunciaverit, non de solis alimentis. §. 460.

6. Probatur aliis indiciis, veluti libro patris manu conscripto, epistola, qua filius quis nominetur. §. 461.

Probationes probationibus jungendae, indicia indiciis. §. 462.

Similitudo vultus nihil confert ad probandam filiationem. §. 463.

Legitimus probatur potissimum ex eo, quod quis natus sit ex foemina legitimo matrimonio juncta: imo et ex matrimonio illegitimo, modo ab alterutro saltem impedimentum fuerit ignoratum. §. 464.

Item, si pater aliquem filium suum nominaverit. § 465.

Eadem fere de filiatione naturali dicenda. Ergo, qui se dicit naturalem, probare debet, cum de successione intestata agitur, non cum de testamentaria. §. 466.

In dubio quis potius praesumitur naturalis, quam spurius. §. 467.

Filiatio naturalis iisdem modis probatur, quibus legitima, excepto tamen primo. §. 468.

Transitio ad distinctionem personarum, quae a jure positivo humano constitutae sunt, vel peculiarem formam acceperunt. §. 469.

§. 447.

Explicatis diversis personarum generibus, atque generalibus earum differentiis, non abs re erit, inquirere, quibus modis filiatio sive legitima, sive naturalis probari possit; nemini enim dubium est, quin sive actor in agendo, sive reus in excipiendo ea probare teneatur, quae sunt, ut vulgo dici solet, fundamentum suae intentionis: maxime si res facti sint, quae nunquam praesumuntur (1): nisi tamen de iis notorie constet (2).

(1) *L. Quoties operae* 18. §. *ult. ff. de probationibus* (22. 3.), *l. In exceptionibus* 19., *l. Verius* 21. *cum* 2. *seqq. ff. eod. tit.*

(2) *Ab-Ecclesia parte* 1. *observat.* 153. *num.* 15. *et* 16. ╪

§. 448.

Quum filiatio magis, quam matrimonium, difficilis sit, immo pene impossibilis probationis (1), per conjecturas adstrui posse, vulgo traditur; hactenus saltem, ut qui negat, probandi necessitate oneretur: maxime si distantia sint locorum, et temporum intervalla (2), et filius sit in quasi possessione filiationis; unde etiam receptum, ut per unum testem cum fama probetur (3).

(1) *Lucius Titius ita testamentum fecit*, Aurelius Claudius natus ex illa muliere, si filium meum se esse judici probaverit, heres mihi esto *Paulus respondit, filium, de quo quaereretur, non sub ea conditione institutum videri, quae in potestate ejus est; et ideo testamentum nullius esse momenti. L. Lucius Titius* 83. *ff. de condit. et demonstrat.* (35. 1.)

(2) *Fab. cod. de probation. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 5., *et def.* 8. *num.* 1., *et def.* 23.

(3) *Fab. d. def.* 8. *cod. de probationibus. Cum tamen agitur de recuperanda possessione, filiatio plene probanda est: utpote quia possidens videatur habere pro se juris praesumptionem. Nec tertio possessori nocet probata filiatio contra heredem debitoris; concludentes enim probationes, seu praesumptiones filiationis requiruntur, cum de successione intestata agitur. V. infra* §. 466.

Inst. l. 1. tit 3. ff. l. 1. tit. 5.

§. 449.

Sex autem praecipui sunt modi, quibus filiatio probetur: 1. Cohabitatio viri, et mulieris, maxime legitimo inter eos constante matrimonio: 2. Tractatus, ut vulgo dici solet: 3. Nominatio, vel institutio: 4. Publica fama: 5. Judicis sententia: 6. Confessio, vel assertio parentum.

§. 450.

Prima, et potior omnium probatio ea est, quae ex cohabitatione viri, et mulieris deducitur (1); is enim pater creditur, quem nuptiae demonstrant (2): quod procedere etiam receptum est in ea specie, qua mulier adultera fuerit (§. 426.), vel de legitimitate matrimonii dubitetur; nam ex pontificio, et civili jure in consuetudine liberae mulieris nuptiae potius intelligendae sunt, quam concubinatus (3); ne delicti praesumptio temere inducatur (4); quae semper vitanda est (5).

(1) *L. Filium eum* 6. *ff. de his, qui sui, vel alien. jur. sunt* (1. 6.), *Thes. qu. forens. lib.* 3. *qu.* 103. *num.* 2.

(2) *L. Quia semper* 5. *ff. de in jus vocando.* (2. 4.)

(3) *L. In liberae* 24. *ff. de ritu nuptiarum* (23. 2.), *l. Si vicinis* 9. *cod. de nuptiis* (5. 4.), *cap. Per tuas literas* 12. *extra qui filii sint legitimi.* (4. 17.)

(4) *Fab. d. def.* 8. *cod. de probat. num.* 12. 13. 14. *in corpore.*

(5) *L. Moveor* 4. *cod. si serv. export. ven.* (4. 55.), *l. Merito* 51. *ff. pro socio.* (17. 2.)

§. 451.

Altera filiationis praesumptio, seu probatio est, cum e viro, et uxore quis fuit habitus, baptizatus, et educatus tamquam filius (1); saltem si longo tempore gesta haec fuerint, et vix alteri, quam filio, convenire possint; et simul concurrant alia adminicula, puta facultatum, affectionis, et similium: nisi forte conjuges eum ex se progenitum negaverint, negatio autem certis indiciis, vel testibus non irritetur (2).

(1) *Thes. d. qu.* 103. *lib.* 3. *num.* 1.

(2) *Cap. Transmissae nobis* 3. *extra qui filii sint legit.* (4. 17.)

§. 452.

Tertium probandae filiationis argumentum est nominatio alicujus in filium, quae facta sit a patre publice, et assertive (1). Atque hoc casu nullam vim haberet contrarium posterius jusjurandum (2), quod in alterius dispendium, jurisque jam quaesiti revocationem retractari non posse, aequitas suadet. Hic autem nominationi tantam vim tribuit Justinianus, ut si in instrumento etiam privato, modo trium testium sit subscriptione munitum, vel in aliquo actu publico, puta testamento, pater eum quem ex libera muliere habuit, filium nominaverit, nil aliud adjiciendo, legitimum omnino reputandum esse velit; nec ullam amplius requiri probationem, ut juribus omnibus legitimorum fruatur (3).

(1) *Distinguere solent interpretes inter assertionem, nominationem, professionem, et confessionem, itaut assertio dicatur, quae fit proprio motu, confessio fiat ad interrogationem, professio quandoque fiat dispositive, quandoque enunciative tantum; nominatio vero utplurimum enunciative fieri soleat.*

(2) *Cap. Per tuas nobis* 10. *extra de probat.* (2. 19.)

(3) *Novell.* 117. *cap. Ad hoc autem* 2.

§. 453.

Si vero nominatio incidenter facta fuisset, et ad alium finem, vix est, ut per se sola filio prosit; cum actus agentium regulariter nihil operentur ultra eorum intentionem (1): nisi tamen essemus in antiquis, in quibus leviores sufficiunt probationes (2), et receptum, ut verba enunciativa plene probent ob difficultatem certioris probationis (3).

(1) *Ab-Eccles. par.* 1. *observ.* 90. *num.* 9. *et* 10.

(2) *Ita passim in foro servatur, aequitate suadente, imo et impellente necessitate.* Inst. l. 1. tit. 3. ff. l. 1. tit. 5.

(3) *Fab. cod. de probat. lib. 4. tit. 14. def. 6., et 28. num. 7. in corpore.*

§. 454.

Quod si in recentibus quaestio versetur, dubium non est, quin nominatio, etiam incidenter, et enunciative facta, aliqualem saltem inducat praesumptionem quae aliis suffulta indiciis, et argumentis plene probare possit; tum quia Justinianus in hoc capite non distinguit (1), utrum de antiquis, an de recentibus factis agatur; tum quia in re obscura nullum majus afferri potest testimonium, quam ipsius patris; cui et conditio filii nota esse debet, nec suspecta est persona.

(1) *D. Novell. 117. cap. 2.*

§. 455.

Nominationi adjungitur institutio in hereditate: equidem institutio etiam in extraneam personam conferri potest; et in jure traditur, a successione repellendum eum, quem testator errore ductus, quasi filium, heredem instituit (1): si tamen testator aliquem, uti filium, ad hereditatem vocaverit, nec error probari possit, non levis orietur filiationis praesumptio (2): quae fortior longe erit, si in legitima sit aliquis institutus: quum institutio haec alteri, praeterquam filio, convenire non possit.

(1) *L. Si pater tuus 4. cod. de hered. instituend.* (6. 24.)

(2) *Argum. l. Quidam cum filium 132. ff. de verb. obligat.* (45. 1.), *Thes. qu. forens. lib. 3. qu. 103. num. 3.*

§. 456.

Quinimo in istis casibus sentit Thesaurus (1), oriri praesumptionem filiationis, quae sit juris, et de jure, itaut non admittat probationes in contrarium, et elidat quascumque conjecturas, quae contra elici possent; nec matris confessio filio praejudicet, nec publica vox, et fama, nisi afferantur concludentes oppositae probationes; quia pro matrimonio semper capienda sit praesumptio (2). Quare concurrente nativitate filii in figura matrimonii, tractatu patris, institutione, et baptismo legitimum judicatum fuisse a Senatu, refert; quamvis mater contrarium assereret, imo et de fama aliqui deponerent (3).

(1) *D. dec. 108. num. 4.*

(2) *L. Miles 11. §. Quae propter impuberem 9. ff. ad l. Jul. de adulteriis* (48. 5.)

(3) *Thes. d. quaest. 103. lib. 3. num. 9.* †

§. 457.

Quartus probandae filiationis modus ex publica fama deducitur (1), quam eo usque validam existimat Faber, ut filiationem probet, licet nullus parentum tractatus demonstretur; hactenus saltem, ut, qui negat, probandi necessitate oneretur: maxime si alia quantulacumque assistant adminicula, puta si maxima sit distantia locorum, et temporum: ex qua idcirco in quasi possessione filiationis quis constituitur, et retineri debet, donec contrariis adversarii probationibus superetur (2).

(1) *Thes. d. quaest. 103. num. 8. in fine.*

(2) *Fab. d. def. 8. cod. de probat. lib. 4. tit. 14.*

§. 458.

A publica fama parum distat testium depositio, quam idcirco sufficere nemini dubium, si modo testes deponant, matrimonium tamquam legitimum vulgo habitum fuisse; quamvis aliam dicti sui rationem non praebeant, quam quod, ita semper censuisse universos, animadverterint (1): vel declarent, aliquem in universa provincia palam, et publice ut legitimum filium habitum fuisse, et ex eo matrimonio procreatum (2).

(1) *Testes enim de auditu, et fama admitti necessario debent in illis, quae vix aliter cognosci possunt.*

(2) *Atque ita exceptio habetur regulae, qua constitutum est, ne testibus credatur,*

Inst. l. 1. tit. 3. ff. l. 1. tit. 5.

nisi dicti sui rationem specificam afferant. L. Sola testatione 4. cod. de testibus (4. 20.); quod et in aliis caussis recipitur, praesertim in rebus, quae hominum memoriam excedunt. Fab. cod. de test. lib. 4. tit. 15. def. 41. V. §. 383.

§. 459.

Vires autem accipiet tum fama publica, tum testium depositio, si palam paterno nomine, et cognomine filii sint appellati, ex qua etiam filiationis aliqualis nascitur praesumptio (1). Eadem vis est confessionum judicialium, vel etiam extrajudicialium adversae partis, vel aliorum interesse habentium (2).

(1) *Fab. cod. de probat. def. 28. num. 9. in allegation.*

(2) *Imo haec potior esse videtur, quatenus nemo sibi nocere velle praesumitur.*

§. 460.

5. Probatur filiatio per judicis sententiam, quae vim habet non tantum quoad ipsum patrem (1), sed et quoad alios (2); dummodo tamen judex de ipsa filiatione sententiam dixerit; si enim tantum pronuntiaverit super alimentis alicui praestandis, non inde exurget filiationis probatio (3); facilius enim, et provisionaliter conceduntur alimenta, quae qui denegat, necare videtur (4).

(1) *Quae caussa si fuerit acta apud judicem, et pronunciaverit, cum de hoc agetur, quod ex eo praegnans fuerit, necne; in ea caussa esse, ut agnosci debeat, sive filius non fuit, sive fuit, esse suum. L. 1. §. ult. ff. de agnoscend., et alend. lib.* (25. 3)

(2) *In omnibus caussis: quare et fratribus suis consanguineus erit. L. 2. ff. eod. tit.*

(3) *Meminisse autem oportet, et si pronunciaverint ali oportere, attamen eam rem praejudicium non facere veritati; nec enim hoc pronunciatur, filium esse, sed ali debere: et ita D. Marcus rescripsit. L. Si quis a liberis* 5. §. *Meminisse* 9. *ff. eod. tit.*

(4) *Necare videtur, non tantum is, qui partum perfocat, sed et is, qui abjicit; et qui alimonia denegat, et is, qui publicis locis misericordiae caussa exponit, quam ipse non habet. L. 4. ff. eod. tit.*

§. 461.

5. Demum aliis etiam indiciis, quae confessioni aequivalent, probatur filiatio: veluti per librum, in quo pater scripserit manu propria nomina filiorum suorum, natalis, et baptismi diem, et similia: vel per epistolam, in qua quis filius nominetur: quae saltem prodesse debent, ut ille in quasi possessione filiationis constituatur, qua onus contrarium probandi transferat in adversarium. His addi debet fides parochi, ex qua constet de legitima matrimonii celebratione. Atque hinc oritur praesumptio pro filiatione juris, et de jure: nisi forte probetur viri absentia, vel impotentia (1).

(1) *Nullum enim fide dignius testimonium afferri potest, quam illius, ad quem ex vi publici sui muneris pertinet.*

§. 462.

Notandum porro in hac quaestione, probationes probationibus jungendas, indicia indiciis, ut saltem unita juvent, quae forte singula prodesse non possent (1); quod et in aliis argumentis fieri permittitur (2).

(1) *Neque enim fraus fit veritati, cum diversis argumentis simul junctis demonstratur.*

(2) *Fab. cod. de probation. def.* 66.

§. 463.

In numero eorum, quae ad probandam filiationem conferre possunt, consulto praetermisi similitudinem, sive effigiem; quia, uti jam animadvertimus, frequentius contingit, ut omnino dissimiles a parentibus filii sint, aliorumque imaginem referant: aliqualis tamen filiationis conjectura hinc erui potest (1).

(1) *Potissimum, si alia concurrant argumenta, ex quibus filiationem probari posse demonstravimus.*

§. 464.

Hactenus tradita pertinent ad probandam filiationem in genere. Filiatio legitima, ex eo potissimum adstruitur, quod quis natus sit ex foemina legitimo matrimonio juncta (1): nisi forte vir diu abfuisse probetur, vel alio detentus impedimento. Quinimo sufficit, filium natum esse ex prohibito conjugio, si modo alteruter, saltem impedimentum ignoraverit (2); cum satis sit ad hoc, ut proles legitima nascatur, quod contrahentes eo fuerint animo, vel alter eorum, ut verum matrimonium iniretur (3): atque ut etiam in bona primogenialia succedere queat (4). Inst. l. 1. tit. 3. ff. l. 1. tit. 5.

(1) *Cap Ex tenore literarum* 14. *extra qui filii sint legitimi* (4. 17.), *Fab. cod. de probation. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 8.

(2) *Cap. Cum inter virum* 2., *et d. cap. Ex tenore* 14. *qui fil. sint legit.*

(3) *D cap.* 2, *et* 14.

(4) *Fab. d. def.* 8. *cod. de probation., Thes. dec.* 196. *num.* 7.

§. 465.

Idem affirmandum ex supra allatis argumentis, si pater aliquem filium suum nominaverit; potius enim credendum est, de legitimo filio cogitasse, quam naturali, vel spurio, cui filii denominatio minus congruit: maxime quum legitimus in dubio a jure filius unusquisque reputetur (1), ut delicti praesumptio excludatur (2).

(1) *L. Filium* 6. *ff. de his, qui sui, vel alien. jur. sunt.* (1. 6.)

(2) *L. Moveor* 4. *cod. si serv. exportand. etc.* (4. 55.), *l. Merito* 51. *ff. pro socio.* (17. 2.)

§. 466.

Quod de legitima filiatione diximus, idem fere de naturali affirmandum, si casus contingat, quo disputetur, an quis spurius sit, ut a successione, vel alio jure repellatur, quae spuriis denegatur, naturalibus autem conceditur. Nempe 1. Ei, qui se dicit naturalem, et spurium negat, incumbere onus probandi, nisi notoria res sit, si de successione intestata tractetur, non vero si de hereditate testamento delata (1); ratio est, quia in prima specie naturalis consanguinitas fundamentum est, qua, quis successionem ad se pertinere, contendit. Probare ergo eam debet (2). In altera vero jus suum metitur ex testamento, a cujus favore non debet excludi; nisi, qui vitium inesse dicit, evidenter probet (3).

(1) *Thes. quaest. forens. lib.* 2. *qu.* 83. *num.* 4.

(2) *L. Quoties operae* 18. §. 2., *l. Verius* 21. *ff. de probationib.* (22. 3.)

(3) *D. l.* 4. *cod. Si serv. export. et d. l.* 51. *ff. pro soc.* (17. 2.)

§. 467.

2. In dubio praesumendus potius est filius naturalis, quam spurius; quia in facto occulto favorabilis capienda est interpretatio pro filio; ne delictum praesumptionibus augeatur, quod a naturali aequitate abhorret (1).

(1) *Argum. Novell.* 117. *cap. Ad hoc autem* 2.

§. 468.

Modi autem, quibus naturalis origo demonstretur, iidem sunt, quibus ostendi diximus legitimam nativitatem, si primum excipiamus. Probatur ergo ex assertione, et nominatione patris, ex filii residentia in domo, ex patris, providentia, ex publica fama, ex eodem cognomine, et similibus indiciis, vel conjecturis; cum etiam filiatio naturalis difficilis omnino sit probationis (1).

(1) *Argum. l. Lucius Titius* 83. *ff. de condition., et demonstrat.* (35. 1.)

§. 469.

Post explicatas personarum divisiones, quae a sola natura, vel ab ea potissimum derivantur, ad eas progrediendum nobis est, quae jure positivo constitutae sunt, vel saltem novam quandam, et singularem formam, seu indolem acceperunt. Juri positivo ac-

Inst. l. 1. tit. 3. ff. l. 1. tit. 5. Cod. l. 7.

cepto ferenda est distinctio, quae ex statu libertatis, et civitatis oritur: quae autem a familia pendet, partim in naturali, partim in civili jure fundatur. Ratione habita libertatis, uti jam innuimus, alii liberi dicuntur, alii servi. Ratione civitatis distinguuntur in cives, et peregrinos; cives jure Romano inspecto adhuc tribuebantur in senatores, equites, et plebejos: hodiernis vero moribus in nobiles, et plebejos. Demum ratione familiae alii dicuntur patres, alii filiifamilias. De hoc triplici divisionis capite tribus titulis disseremus.

TITULUS IV.

De liberis, et servis, iisque, qui proxime ad servos accedunt.

Instit. lib. 1. tit. 3. *De jure personarum.*
Digest. lib. 1. tit. 5. *De statu hominum.*
Cod. lib. 7.

SUMMARIA.

Libertas est naturalis facultas ejus, quod cuique libet: nisi quid vi, aut jure prohibeatur. Explicatur definitio. §. 470.

Servitutis definitio, et definitionis explicatio. §. 471.

Cur dicatur contra naturam? §. 472.

Qui sint liberi, qui servi? Quae olim potestas dominorum in servos? §. 473.

Qui ingenui, vel libertini? §. 474.

Diversa libertinorum conditio, ut alii dicerentur cives Romani, alii Latini, alii Dedititii. §. 475.

Modi consequendae libertatis solemnes erant, vel minus solemnes: solemnes tres, plures ex caeteris. Haec omnia ab Imperatoribus abrogata fuerunt, et sublata est libertinorum conditio. §. 476.

Justinianus favore servorum etiam emendavit legem Æliam Sentiam in utroque capite, tum et Fusiam Caniniam. §. 477.

Erant et apud Romanos servi poenae; quam servitutem Justinianus abrogavit. §. 478.

Servitus ubique fere exolevit. Sed servorum quaedam species remanet apud quasdam gentes, quos talliabiles dicunt, qui dedititiis comparari possunt. §. 479.

Cur talliabiles dedititiis comparentur? §. 480.

§. 470.

Antequam de liberis, et servis disseramus, videndum est, quid libertatis, et servitutis nomine intelligatur. Libertas a Justiniano definitur: *Naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi quid vi, aut jure prohibeatur* (1). Naturalis facultas dicitur, quatenus natura inspecta omnes homines liberi nascuntur (2), atque servitus ex hominum legibus inducta fuit. Naturalis facultas, est ejus faciendi, quod libet: agendi nimirum, vel non agendi, atque in actionibus, et negotiis, quod magis placuerit, eligendi. Exceptio adjicitur, nisi quid vi, aut jure prohibeatur; ut significetur; nec vim extrinsecam, nec legum sanctiones libertatem infringere; vis enim exercitium quidem libertatis interim impedit, sed eam auferre non potest, quum praecipue consistat in voluntate, quae nulla extrinseca vi cogi potest: leges autem potius perficiunt libertatem; quia eam dirigunt ad id, quod honestum, et societatis utilitati conveniens est; neque sane ad libertatem pertinet, ut ea fieri possint, quae contra honestatem, aut bonos mores sunt (3).

(1) §. 1. *instit. hoc tit.*, *l. Libertas* 4. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Manumissiones 4. ff. de justit., et jur., l. Quod attinet 32. ff. de reg. jur.* Inst. l. 1. tit. 3.

(3) *Nam quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et (ut generaliter dixerim) contra bonos mores fiunt: nec facere nos posse credendum est. L. Filius qui 15. ff. de condit. instit.* (28. 7.) ff. L. 1. tit. 5. Cod. l. 7

§. 471.

Servitus definitur constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur (1). Servitus dicitur a jure gentium constituta; quia ex bellis, quae reguntur jure gentium, non vero civilibus legibus, quae unum tantum populum dirigunt, ortum habuit. Quare homines in bello capti, atque detenti servi dicti sunt; quia, cum summo jure occidi potuissent, aequitati, atque humanitati magis consonum visum est, eos servare: et simul, ut ipsis facultas imposterum nocendi adimeretur, libertas debuit ipsis auferri (2).

(1) §. *Servitus 2. instit. hoc tit., d. l. Libertas 4. §. 1. ff. hoc tit.*

(2) *Servi ex eo appellati sunt, quod Imperatores captivos vendere, ac per hoc servare, nec occidere solent. D. l. 4 §. 2. Dicti etiam sunt mancipia, quod ab hostibus manu capiantur. D. l. 4. § ult. Duo alii apud Romanos modi erant, quibus dominium servorum acquireretur, quos civile jus induxerat. Primus ex jure in ancillam proficiscebatur, quo fiebat, ut, qui ex ea nascebantur, eidem servitutis jugo subjicerentur: atque hos servos Vernas Romani appellabant. Alter ex libera, cujusque pendebat voluntate, qua poterat, certo constituto pretio libertatem suam vendere, atque alterius imperio se subjicere. Quamquam plures sentiunt, non licuisse Romanis hac ratione, libertatem vendere: vel saltem ea vendita potuisse promissorem, quia res facti sit, solvendo id, quod interest, liberari ex l. Si quis ab alio 13. §. 1. ff. de re judicata (42. 1.). Quare Justinianum in §. 4 instit. hoc tit. interpretantur de illis, qui dolo patiebantur vendi, tanquam servi alterius, ut pretii partem consequerentur: quos in fraudis poenam servituti subjici Imperator decreverit.*

§. 472.

Servos contra naturam alieno dominio subjici traditur: non sane eo sensu, quod natura servitutem prohibeat, quo casu jure gentium, neque induci, neque permitti, potuisset: sed contra naturam est servitus, quatenus, sicuti animadvertimus (§. 470.), natura omnes homines liberos facit, atque ideo subjectio alterius imperio naturali juri non est referenda, sed liberae hominum institutioni. Servitus ergo, ut uno verbo dicam, naturae opus non est, sed nec est contra naturae jus.

§. 473.

Liberi igitur sunt, quibus potestas est faciendi, quod libuerit, quin ab alterius voluntate pendeant, quemadmodum servi (1). Contra eos servos dicimus, qui ex hominum instituto alterius subjiciuntur potestati: quae quidem olim tanta erat, et tam late patens, ut dominis liceret impune, servos occidere (2): quod fuit immutatum humanioribus Imperatorum sanctionibus, quibus modica tantum coercitio dominis relicta est in servos (3), illaeso tamen manente eo jure, quo possint, eos alienare, vendere, donare; atque ad ipsos pertineat, quidquid servus quacumque ratione acquirit.

(1) *Addimus quemadmodum servi; nam et filiifamilias patriae potestati subduntur, qui tamen vere liberi sunt; quia subjectio haec naturali rationi innititur, non juri gentium, vel civili.*

(2) §. 1. *instit. de his, qui sui, vel alien. jur. sunt.* (1. 8.)

(3) §. *Sed hoc tempore 2. instit. eod. tit.*

§. 474.

Liberi homines ex libera pariter matre nati ingenui dicebantur, quin ipsis officeret servilis patris conditio. Imo libertatis favore eo usque deventum est, ut liber judicaretur, qui ex matre vel conceptionis, vel partus, vel intermedio tempore libera progenitus esset (1): qui autem ex justa servitute (2) manumissi erant, libertini appellabantur (3);

Inst. l. 1. tit. 3. ff. l. 1. tit. 5. Cod. l. 7. quippe Romanis placuit, modum superesse, quo libertatem servi recuperarent; manumissio autem nihil aliud est, quam libertatis datio, seu concessio (4).

(1) *Princ. instit. de ingenuis.* (1. 4.)

(2) *Ex justa dicimus, ut intelligatur, injustam servitutem non officere ingenuitati.*

(3) *Princip. instit. de libertin.* (1. 5.) *Hoc autem discrimen est inter liberti, et libertini nomen, quod primum absolutum sit, et personae propriam conditionem designet: alterum vero relativum est, et jus domini manumittentis significat. L.* 1., *et l. ult. ff. si ingen. esse dicatur* (40. 14.)

(4) *D. princip. instit. de libertin., l. Manumissiones 4. ff. de just., et jur.*

§. 475

Libertinorum non erat in omnibus aequalis conditio, cum alii ampliorem, atque perfectam libertatem consequerentur, restrictiorem alii, et imperfectam. Primi cives Romani dicebantur, Latini alii, vel Dedititii: et quidem postremi umbra tantum fruebantur libertatis, ad exemplum eorum, qui hostibus Populi Romani turpiter se dedissent: liberi ergo erant, sed pluribus et gravibus adhuc officiis erga dominos adstringebantur: Latini autem vivebant quidem, ut liberi, sed moriebantur, ut servi: scilicet viventes jure commerciorum potiebantur, sed de rebus suis ultima voluntate disponere non poterant (1).

(1) §. *Libertinorum 3. instit. de libert* (1. 5.)

§. 476.

Plures erant libertatis consequendae modi: alii solemnes, alii minus solemnes. Manumissio censu, vindicta, vel testamento facta solemnis dicebatur (1): quae vero in conviviis, inter amicos, vel per epistolam fiebat, minus solemnis erat. Solemniter manumissi plenam libertatem acquirebant, et cives Romani appellabantur: illi vero, quibus libertas, aliis minus solemnibus modis concedebatur, Latini tantum, vel Dedititii libertini pro domini voluntate fiebant. Tandem Imperator Constantinus, manumissiones omnes in ecclesiis fieri praesente Episcopo, et populo, constituit (2): et Justinianus Antonini exemplo, qui discrimen inter ingenuos aboleverat, atque populos omnes, Romano imperio subjectos, cives Romanos declaraverat (3): discrimen etiam sustulit libertinorum; atque omnes eandem consequi libertatem perfectam constituit, et Romana civitate decoravit (4)

(1) *Censu libertatem servi consequebantur, cum dominus in civium enumeratione, quae singulis quinquenniis fiebat, (unde dicebatur census lustralis) permittebat, ut servus nomen suum censoribus daret, in numerum caeterorum civium referendum; cum enim Romani brutis potius, quam hominibus servos compararent, adeoque in numero civium Romanorum non reputarentur, eo ipso, quo servum censeri dominus sinebat, libertatem tribuere, judicabatur. Vindicta dicebatur data libertas, cum dominus, servo coram Magistratu ducto, eum liberum esse velle, declarabat: lictor autem Magistratus jussu virgam manumittendi capiti imponebat, quo libertatis datio significabatur: quae virga, cum vindicta appellaretur, manumissio inde vindicta fieri dicta est. Aliis placet hanc manumittendi rationem nomen sumpsisse a Vindicio Viteliiorum servo, qui conjurationem nobilium quorundam Romanorum adolescentum de Tarquiniis reducendis detexerat, atque in praemium libertate donatus fuit.*

(2) *L.* 1. *cod. de his, qui in Eccl. manumittuntur.* (1. 13.)

(3) *In orbe Romano qui sunt, ex constitutione Imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt. L.* 17. *ff. hoc tit.*

(4) §. *ult. instit. de libertinis, Novell.* 18. *cap.* 5.

§. 477.

Servorum favore alias edidit constitutiones Justinianus: scilicet primo legem Æliam Sentiam explicavit, qua manumissiones in fraudem creditorum factae revocabantur; atque praescripsit, ut praeter creditorum damnum animus insuper eos fraudandi in debitore manumittente requiratur ad hoc, ut concessa semel libertas possit retractari (1). Quod

vero ad aliud ejusdem legis caput pertinet, quo minori viginti annis manumittendi potestas denegabatur, nisi ex justa caussa a consilio approbata (2), illud quoque emendavit, potestatem manumittendi concedens minoribus; qui decimumseptimum annum impleverint, et decimumoctavum attigerint (3). Demum legem Fusiam Caniniam, qua certus modus constitutus erat in servis testamento manumittendis (4), veluti odiosam, et libertati invidam irritavit; et amplam, nullisque limitibus circumscriptam concessit manumittendi facultatem; ne morientibus ea licentia temere adimatur, quae non denegatur viventibus (5).

Inst. l. 1. tit. 3. ff. l. 1. tit. 5. Cod. 4. 7.

(1) §. *In fraudem* 3. *instit. quib. ex caus. manumit. non licet.* (1. 6.)

(2) *Consilium hoc Romae constabat quinque senatoribus, et totidem Romanis equitibus: in provinciis autem viginti viris ad id electis, quos* Recuperatores *nominabant. Ulpian. in fragment. tit.* 1. §. 8.

(3) §. *ult. instit. quib. ex caus. manumit. non lic.* (1. 6.)

(4) *Haec erat legis Fusiae Caniniae ratio: Ex duobus ad quinque duo servi manumitti poterant: ex sex, et septem tres: ex octo, vel novem quatuor: ex x. ad xvij. quinque: ex xviij. ad xx. sex etc., ita tamen, ut ultra centum nemo manumittere posset, licet familia viginti millibus constaret, quales fuisse Romae familias testatur Seneca de tranquillit. animi cap.* 8. *V. Ulpian. in fragment. tit.* 1. §. 24., *Paulum lib.* 4. *sententiar. tit.* 15., *Cajum lib.* 1. *instit. tit.* 2. §. 1. *Ideo autem lex morientium libertatem potius, quam viventium, coarctaverat; quia liberaliores esse solent homines, cum moriuntur, et bona sua relinquere coguntur, quam viventes, cum iis adhaerent.*

(5) *Tit. instit. de leg. Fus. Canin. toll.* (1. 7.)

§. 478.

Praeter servos, de quibus hactenus disseruimus, aliud servorum genus apud Romanos erat, qui servi poenae dicebantur (1), cui addicti erant in criminis vindictam: tales judicabantur ultimo supplicio addicti (2), deportati (3), in metallum damnati, et bestiis subjecti (4), qui nec testamento hereditatem acquirere poterant (5). Quamvis Justinianus servitutem poenae abrogaverit, effectus tamen intactos reliquit. Deportatis, aut in metallum damnatis eos comparare possumus, qui perpetuo triremium jugo Magistratus sententia subjiciuntur.

(1) §. *Poenae servus* 3. *instit. quib. modis jus patr. potest. solv.* (1. 12.)

(2) *Qui ultimo supplicio damnantur, statim et civitatem, et libertatem perdunt. L.* 29. *ff. de poenis* (48. 19.)

(3) §. 1. *instit. quibus modis patr. potest. solvit.*

(4) *D.* §. 3. *instit. eod. tit.*

(5) *Si quid eis testamento datum fuerit, pro non scripto est: quasi non Caesaris servo datum, sed poenae. L. Sunt quidam,* 17. *ff. de poenis, l.* 1. *cod. de hered. instit.* (6. 24.)

§. 479.

Haec de servis, Romano jure inspecto, tradidisse sufficiat, cum omnium fere gentium moribus servitus inoleverit nec homines in bello capti amplius servi fiant, sed pretio accepto, vel alia ratione in pristinum statum, pe mutatione nimirum, vel conventione restituantur. Quamquam et adhuc mos est, ut jure direptionis in servitutem redigantur Turcae, aliique christiani nominis infensissimi hostes: imo et plerisque in locis, veluti apud Gallos, et apud Sabaudos species quaedam servorum est, vel si mavis dedititiorum libertinorum. quos talliabiles vocant (1); gallice *Mortaillables, Serfs de main-morte, Gens de corps, et de pot.* Imo et species quaedam est in hac patria, ut testantur Thesaurus, et Sola (2).

(1) *De his agit Faber sex titulis primis libri septimi in suo codice, nempe de dedititia libertate tollenda, et de talliabilibus: de communi servo manumisso: de libera-*

Inst. l. 1. tit. 3. ff. l. 1. tit. 5. Cod. l. 7.

li caussa: de praesumptione, quae pro libertate competit: de his, qui manumittere non possunt: ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur.

(2) *Thes. quaest. forens. lib. 2. qu. 80., Sola de jure emphyteut. par. 2. Glos. 7. pag. 48.*

§. 480.

Ideo autem, dedititiis libertinis comparari posse eos, diximus; quia dedititiorum exemplo vivunt quidem, ut liberi, sed moriuntur, ut servi; cum vassallis jus successionis certis in casibus competat, cujus limites modo latiores, modo arctiores sunt, ratione habita investiturarum, vel antiquae consuetudinis (1) imo nec penitus ut liberi vivunt; cum pluribus officiis, tum realibus, tum personalibus sint adstricti vassallorum favore (2) de quibus suis locis agendum erit.

(1) *Sola, et Thes. dictis locis.*

(2) *Sola citat. loc.*

TITULUS V.

De personarum divisione ratione civitatis, ubi de nobilibus, et plebejis.

Instit. lib. 1. tit. 3. *De jure person.*
Digest. lib. 1. tit. 5. *De statu hominum.*
Cod. lib. 12. tit. 1. *De dignitatibus.*

SUMMARIA.

Ratione civitatis distinguuntur homines: 1. *In cives, et peregrinos, quibus accedunt ad peregrinitatem redacti.* §. 481.

2. *In incolas, et alienigenas. Illi privilegiis omnibus subditorum gaudent.* §. 482.

Alienigenae, seu albini excluduntur a privilegiis, et juribus subditorum; nisi obtinuerint naturalitatis litteras. §. 483.

Vel ipsorum favore mutua communio inducta sit. §. 484.

Cum caeteris eadem ratione agitur, qua ipsi nobiscum agunt. §. 485.

Alienigenis apud nos nunc comparantur subditi, qui per decem annos extra ditionem commorantur, non prius obtenta a Principe venia. §. 486.

Praecisa lege municipali subditi, qui longo tempore extra ditionem commorantur, sed sine animo mutandi domicilii, non habentur pro alienigenis. §. 487.

Ratione civitatis Romani etiam distinguebant cives in senatores, equites, et plebejos. Communi nunc usu tribuuntur in nobiles, et ignobiles, seu plebejos. §. 488.

Quae in hoc argumento perpendantur. §. 489.

Nobilitas est specialis quaedam generis, vel conditionis praerogativa certis hominibus in republica concessa, vi cujus quaedam singularia munera consequi possunt, et a quibusdam oneribus immunes sunt. Explicatur definitio. §. 490.

Triplex est nobilitatis species: a virtute: a scientia: demum a genere, officiis, vel privilegiis. §. 491.

Postrema dividi potest in eam, quae a jure communi datur, vel lege municipali: tum in nobilitatem simpliciter, sive absolute, et secundum quid. §. 492.

Acquiritur nobilitas triplici modo: nativitate, dignitate, et privilegio; quibus addi potest jus communionis inter conjuges. §. 493.

Spurii hodiernis moribus gaudent privilegiis nobilium, quibus accenseutur: dummodo quaedam conditiones interveniant. §. 494.

Emancipati fulgent patris dignitate, et nobilitate, non adoptivi emancipati. §. 495.

Posthumi hic pro natis habentur. §. 496. Inst. l. 1.

Nati, postquam pater ignominiose dignitatem amisit, retinent nobilitatem, si antea concepti fuerint. §. 497. tit. 3. ff. l. 1. tit. 5.

Qui nec concepti fuerunt ante omissam nobilitatem a patre, eam retinent, si ab avis habeant, non si a solo patre: nisi concessa fuerit patri pro se, et heredibus. Cod. l. 12. tit. 1. §. 498., §. 499.

Respondetur objectioni petitae ex inhabilitate patris. §. 500.

Explicatur D. Marci rescriptum, quo pronepotes eminentissimorum virorum aliquando subjiciuntur poenis plebejorum. §. 501.

Advocati, seu juris doctores, nobilitatem acquirunt, et plurima privilegia, atque immunitates. §. 502.

Medici immunes sunt a muneribus, et oneribus personalibus: sed non acquirunt nobilitatem; nec privilegia in viduas, et liberos transmittunt. Excipiuntur medici Principis. §. 503.

Mulier nobilitatem a viro habet. Quid si viro defuncto alteri nubat? §. 504.

Viduae frui pergunt privilegiis annexis dignitati, vel conditioni, non quae competebant marito ratione officii. §. 505.

Probatur nobilitas instrumentis, insignibus, testibus, et fama, tum per verba Principis enuntiativa, vel Magistratuum: et leviores hic sufficiunt probationes in antiquis. §. 506.

Nobiles immunes sunt ab omnibus oneribus plebejorum personalibus, et mixtis. §. 507.

Qui nobilis est ex privilegio, non est immunis a tributo commutatorio: nisi ex dignitate privilegium habeat. §. 508.

Ex sententia Senatus Pedemontani, si nobilis acquirat bona, quae prius erant allodialia, nulla gaudet immunitate; quamvis sint in loco feudali: obtinet in emphyteuticariis, vel feudalibus. Feudalia bona immunia non sunt a tributis viarum. §. 509.

Immunitas extenditur ad bona habita in solutum. §. 510.

Immunitas etiam transit in mulieres, et filios. §. 511.

Nobiles quoque mitius puniuntur, et infamibus poenis non subjiciuntur. §. 512.

Hinc pro debito civili non detruduntur in carceres, nisi doli rei sint. Privilegium hoc ad alias personas extenditur. §. 513.

Amittitur nobilitas: 1. *Per artes sordidas, et mechanicas: sed non privatur quis immunitate, nisi per declaratoriam sententiam judicis.* §. 514.

Si sponte quis ab his artibus desistat, restituitur ipso jure nobilitas, quae a genere est, non quae a privilegio. §. 515.

2. *Crimine amittitur nobilitas, sed aliquatenus retinetur usque ad sententiam.* §. 516.

3. *Praescriptione longissima, qua quis passus sit, se in numerum plebejorum referri.* §. 517.

Qui necessitate rei familiaris ea facit, puta agros colit, a quibus abstinere solent nobiles, non amittit nobilitatem. §. 518.

Ex Fabro procuratoris officium apud supremas Curias non derogat nobilitati, derogat apud judices inferiores. Notarii officium apud nos nobilitati non nocet. §. 519., et 520.

De filio ex caussa patris remissive. §. 521.

Transitio ad divisionem hominum in patres, et filiosfamilias. §. 522.

§. 481.

Ratione civitatis Romani distinguebant inter cives, qui omnibus reipublicae juribus fruebantur, et peregrinos, quibus nec testamenti factio, nec connubiorum jus, nec te-

Inst. l. 1. tit. 3. ff. l. 1. tit. 5. Cod l. 12 tit. 1.

stamentaria successio, nec patria potestas, neque, ut uno verbo dicam, caetera, quae Romanorum propria erant, jura concedebantur (1). Quamquam Imperator Antoninus, quemadmodum animadvertimus (§. 476.), Romana civitate omnes subditos decoravit. Peregrinis similes erant, quibus in criminis poenam civitas ablata fuerat, qui ad peregrinitatem redacti dicebantur.

(1) *L. 1. cod. de hered. instit.* (6. 24.)

§. 482.

Civibus, et peregrinis, hodiernis moribus inspectis, aequiparari possunt incolae, et alienigenae; de quibus idcirco, et de eorum distinctione, et juribus opportunus hic est disserendi locus. Quod spectat ad incolas, seu Principis subditos, nemini dubium, quin juribus, atque privilegiis communibus indistincte gaudeant; vel etiam specialibus, si ejus sint conditionis, quam leges municipales requirunt.

§. 483.

Alienigenas, quos Albinos, quasi alibi natos Galli vocant, aeque certum est, a juribus, et privilegiis subditorum excludi: veluti a successione tum testata, tum intestata (1), a feudorum quacunque acquisitione, tum et bonorum immobilium, quae duorum milliarium spatio a confinibus distent (2), quamvis in ditione domicilium constituerint (3): nisi impetraverint litteras, quas naturalitatis, aut civilitatis vocant; atque ab eo jure decidere statutum, si continuis sex mensibus, non obtenta prius a Principe venia, in exteras regiones se contulerint (4).

(1) *Fab. cod. de verb. signific. lib.* 6. *tit.* 18. *def.* 8., *R. Const. lib.* 6. *tit.* 12. §. 2.
(2) *R. Const. ib.* §. 6.
(3) *Ib.* §. 1.
(4) *D.* §. 6. *R. Const.*

§. 484.

Excipiuntur ab hac lege alienigenae, quorum favore, Principis utrinsque consensu, constitutum est, ut mutua jurium, et privilegiorum communio sit (1); quales quoad nos sunt incolae Delphinatus (2), subditi ditionis Austriacae (3), ut et Marchionatus Baaden-Durlach, et alii: aut ita obtineat mutuo recepta consuetudine.

(1) *Reg. Const. ib.* §. 3.
(2) *Imo nunc totius Galliae. V. Declar. Senat.* 5. *Januar.* 1761.
(3) *V. Declar. Senatus* 1. *Februar.* 1765.

§. 485.

Quod si de alienigenis quaeratur, qui litteras naturalitatis minime obtinuerint, aut jure communionis non gaudeant, eadem ratione erga ipsos agendum praescribitur, qua apud ipsos erga nostros agitur, tum in successionibus testamentariis, vel ab intestato, tum in caeteris (1).

(1) *Reg. Const. d. lib.* 6. *tit.* 12. §. 4., *et* 5.

§. 486.

Quemadmodum apud Romanos peregrinis similes erant ad peregrinitatem redacti (§. 481.), ita apud nos alienigenis comparare possumus illos ex subditis, qui, non prius obtenta a Principe venia, in exteras regiones profecti longiore decem annorum spatio extra ditionem commorantur: quorum idcirco bona publicanda decernuntur: aut, si vassali sint, intra biennium a die apertae favore ipsorum alicujus successionis testamentariae, aut legitimae ad patriam non regrediuntur, cum nullo praefixo temporis spatio facultatem obtinuere in aliud imperium commorandi (1): vel constans in aliena ditione constituunt domicilium, et retinent, quin redeundi animum habeant (2).

(1) *Reg. Const. lib.* 4. *tit.* 34. *cap.* 16. §. 3., *et* 4.
(2) *Nec obstat Faber in def.* 18. *lib.* 6. *tit.* 19. *de verb. significat., eam quippe sententiam rebus melius pensatis retractavit. Quare non sufficit paternae originis ratio.*

§. 487.

Sane, si subditi etiam per longissimum tempus alibi commorentur, quin tamen animum habere demonstrent, illic domicilium perpetuo figendi; imo verbis, vel facto contrariam habere voluntatem declaraverint, non erunt pro alienigenis habendi; quia nec patriam deseruisse, nec domicilium alio transtulisse, dici poterunt, quo subditorum juribus, et privilegiis spoliari mereantur (1).

Inst. l. 1. tit. 3. ff. l. 1. tit. 5. Cod. l. 12. tit. 1.

(1) *Quod intelligendum praecisa lege municipali, quae aliud constituat: quale retulimus in §. praecedenti.*

§. 488.

Triplex adhuc penes Romanos erat ratione civitatis personarum classis: nimirum alii senatorio Ordini erant adscripti, alii equestri, alii demum longe plures numero plebejum ordinem constituebant. Huic distinctioni maxime affinis est ea, quae per omnes fere gentes obtinuit in nobiles, et ignobiles, seu plebejos. Quare hic de nobilium juribus praecipue agendum est, quibus intellectis, quia specialia sunt, simul cognoscentur aliorum jura. Sed caute animadvertamus, quamvis plebejorum nomine lata significatione illi omnes comprehendantur, qui ex ordine nobilium non sunt, nefas tamen omnino esse, ut illi cum infima plebe confundantur, qui nec artes sordidas, nec mechanicas exercent, nec nonnisi decoris in republica officiis vacant.

§. 489.

In hoc argumento primum inquiremus: Quid, et quotuplex sit nobilitas. 2. Quomodo acquiratur, et probetur acquisita. 3. Quinam inter nobiles connumerandi sint. 4. Quibus modis probetur. 5. Quae sint nobilium singularia jura, et privilegia. 6. Demum, qua ratione nobilitas amittatur, vel amissa possit recuperari. Quae breviter prosequemur, ne aliquid hic deesse videatur, quod scitu necessarium, vel utile sit: nec tamen nimis immoremur in levioribus, dum ad graviora, et praestantiora est properandum.

§. 490.

Nobilitas, prout hic sumitur, definiri potest: specialis quaedam generis, seu conditionis praerogativa certis hominibus in republica concessa, vi cujus quaedam singularia munera consequi possunt, et a quibusdam oneribus immunes sunt. Specialis conditionis praerogativa dicitur, ut significetur, distinctionem quandam esse inter ejusdem reipublicae membra, quorum alia aliis conditione praestant, atque antecellunt. Dicitur concessa in republica, ab eo nempe, qui reipublicae praeest, vel legibus suis in hanc rem latis, vel eas confirmando, quae a Romanis Imperatoribus sunt constitutae; quo demonstratur, nos hic non agere de ea nobilitatis specie, quae ex ingenii praestantia, scientia, et virtute oritur, sed de alia extrinseca nobilitate, quae in jure civili fundamentum habet. Postrema demum definitionis verba jura, et privilegia nobilium ostendunt, quo a reliquis civibus secernuntur.

§. 491.

Multiplex est apud diversos auctores nobilitatis divisio. Sed generaliter triplex assignari potest nobilitatis species, quarum prima a virtute, et honestis actionibus sit: altera ex scientia, et cognitione honestarum disciplinarum proficiscatur: tertia demum a genere, seu nativitate, ab officiis, vel privilegiis ortum habeat, quae sola ad nostrum institutum pertinet: quamvis non aliter perfecta dici mereatur, nisi comitem habeat virtutem, et optimarum artium unicuique convenientium studia.

§. 492.

Postrema haec nobilitatis species adhuc clarioris doctrinae caussa distingui potest in eam, quae a jure communi tribuitur, vel quae specialibus cujusque populi legibus inducta est: tum in nobilitatem simpliciter, et absolute; et nobilitatem secundum quid, ut vocant. Nobilitatis a jure communi concessae exempla sunt in libris digestorum de senatoribus (1), de muneribus, et honoribus (2): et in titulo codicis de dignitatibus (3).

Inst. l. 1. tit. 3. ff. l. 1. tit. 5. Cod. l. 12. tit. 1. Nobilitas absolute collata ea dicitur, quae nullis est circumscripta limitibus: quae vero ad certos dumtaxat usus conceditur, puta ad feuda acquirenda per litteras, quas capacitatis vocant, nobilitas secundum quid appellatur: qua obtenta, qui prius plebeji fuerunt, non desinunt eo minus in caeteris rebus plebejorum jure censeri (4).

(1) *Lib. 1. tit. 9.*

(2) *Lib. 50. tit. 4.*

(3) *Lib. 12. tit. 1.*

(4) *Faber cod. de dignitate, et nobilitate lib. 9. tit. 29. def. 12.*

§. 493.

Ex haetenus dictis satis patet, nobilitatem triplici modo acquiri; videlicet nativitate, dignitate, seu officio, et Principis concessione, seu privilegio; quibus addi potest jus communionis inter conjuges. Nativitate, seu genere nobilitatem acquirunt, qui ex nobilibus parentibus progeniti sunt: patre scilicet (1), cujus conditionem sequuntur filii ex justis nuptiis procreati (2); non matris, cujus conditionem soli illegitimi retinent (3), cujus ideo nobilitas filiis non prodest (4). Dignitate, seu officio nobilitatem adipiscuntur illi, quibus munus demandatum est, quod ex se nobilitatem conferat, qualia sunt senatoria dignitas (5), praefectura perpetua cudendae monetae (6). Privilegio, seu Principis concessione, cum Princeps ad alicujus preces intuitu meritorum, vel alia justa caussa nobilitatem alicui concedit (7). Jure demum communionis mulieres nobilitatis, quae marito competit, participes fiunt (8).

(1) *L. Senator. 11. cod. hoc tit., l. 5. 6. 7. 9. 10. ff. de senatoribus.* (1. 9.)

(2) *Cum legitimae nuptiae factae sunt, patrem liberi sequuntur, vulgo quaesitus matrem sequitur. L. 19. ff. hoc tit.*

(3) *D. l. 19., l. Lex naturae 24. ff eod. tit.*

(4) *Sola de nominat. dominorum Glos. 3. num. 5. pag. 134.*

(5) *L. Senatorum substantias 4., et l. seq., l. Quoniam diversi 7., l. 8., l. Praecipimus 14. cod. hoc tit.*

(6) *Fab. cod. de dignit., et nobilit. lib. 9. tit. 29. def. 8.*

(7) *Fab. cod. d. tit. def. 12.*

(8) *L. 1. §. 1., l. Foeminae nuptae 8., et l. ult. ff. de senatorib.* (1. 9.) *Mulieres honore maritorum erigimus, genere nobilitamus. L. 13. cod. hoc tit., Faber cod. cod. tit. def. 16., et 17.*

§. 494.

Sed hic plures se se offerunt quaestiones, quae breviter sunt dirimendae. Quaeritur ergo; 1. An spurii nobilium nobilitatem generis retineant? Si rationem juris inspiciamus, certum est, eos nullam a parentibus trahere posse nobilitatem. Non quidem a patre; quia nullum patrem habere existimantur; cum pater tantum ille judicetur, quem nuptiae demonstrant (1): non a matre, quae imo si nupta fingatur, prout hic fingenda esset, a marito conditionem desumit (2). Generali tamen omnium fere populorum consuetudine receptum vulgo traditur, ut spurii pro nobilibus habeantur, et omnibus nobilium privilegiis gaudeant, nisi quod familiae insignia gerant per interlineam divisa (3).

(1) *L. Quia semper 5. ff. de in jus vocando* (2. 4.)

(2) *Mulieres honore maritorum erigimus, genere nobilitamus, et forum ex eorum persona statuimus: et domicilia mutamus. D. l. 13. cod. hoc tit.*

(3) *Tiraquel. de nobilitate cap. 15. num. 25., Fab. cod. de dignitate etc. def. 20 V. supra §. 441.*

§. 495.

Altera quaestio est de emancipatis, aut natis post mortem patris, vel postquam pater dignitatem amisit. Quoad emancipatum, constans jureconsultorum assertio est, eum adhuc patris dignitate, et nobilitate fulgere (1): et merito; jura enim, quae in sanguinis com-

munione fundamentum habent, emancipatione tolli non debent. Quare aliud responsum de adoptivis, qui, etiamsi ab adoptante patre nobilitatem sortiantur; quin intersit, utrum adoptio secuta sit ante, an post dignitatem, qua confertur nobilitas (2): imo quamvis patris naturalis nobilitas non amittatur per adoptionem factam ab eo, qui inferioris sit dignitatis (3): si tamen post adoptionem a patre adoptivo emancipentur; quia filii nomen emancipatione amittunt, dignitate etiam, et nobilitate privantur (4).

Inst. l. 1. tit. 3. ff. l. 1. tit. 5. Cod. l. 12. tit. 1.

(1) *Emancipatum a patre senatore, quasi senatoris filium haberi, placet. L. Emancipatum 7. ff. de senatoribus* (1. 9.)

(2) *Senatoris filium accipere debemus, non tantum eum, qui naturalis est, verum adoptivum quoque: neque intererit, a quo, vel qualiter adoptatus fuerit: nec interest, jam in senatoria dignitate constitutus eum susceperit, an ante dignitatem senatoriam. L. 5. ff. eod. tit.*

(3) *L. Senatoris filius* 6. §. 1. *ff. eod. tit.*

(4) *Senatoris filius est is, quem in adoptionem accepit: quamdiu tamen in familia eius manet: emancipatus vero nomen filii emancipatione amittit. D. l.* 6.

§. 496.

Idem omnino ferendum est judicium de filiis, qui post parentis mortem nascuntur, ex cujus dignitate nobilitatem habent (1); quia favore filiorum tempus potius conceptionis spectatur, et origo (2), quam tempus nativitatis.

(1) *Item Labeo scribit, etiam eum, qui post mortem patris senatoris natus sit, quasi senatoris filium esse. D. l. Emancipatum* 7. §. 1. *ff. de senatoribus.*

(2) *Tempus enim conceptionis spectandum, plerisque placuit. D.* §. 1. *in fine.*

§. 497.

Sed, si quaestio de eo instituatur, qui natus sit, postquam pater nobilitatem amisit per remotionem a dignitate, vel per artes sordidas distinguendum est: vel prius conceptus fuit, quam amissa esset nobilitas, quamvis postea natus: vel post amissam nobilitatem conceptus, et natus est. In prima specie indistincte nobilitatem retinet; quia, uti mox animadvertimus, filii favore conceptionis tempus inspicitur (1), quo familiam sortitur (2), adeoque et conditionem.

(1) *Si quis conceptus sit, antequam pater ejus Senatu moveatur, natus autem post patris amissam dignitatem, magis est, ut quasi senatoris filius intelligatur; tempus enim conceptionis spectandum, plerisque placuit. D. l.* 7. §. 1.

(2) §. *Illud scire* 9. *instit. quib. mod. jus patr. potest. solv.* (1. 12.), *l. Qui in utero est* 7., *l. Qui in utero sunt* 26. *ff. hoc tit.*, *l. Ex facto* 17. §. *Ex facto* 5. *ff. ad senatuscons. Trebell.* (36. 1.)

§. 498.

Quoad eum vero, qui et natus, et conceptus est, postquam pater dignitate excidit, vel alia ratione nobilitatem amisit, iterum distingui debet, an nobilitatem ipse a patre solo habeat, an et ab avis, vel proavis. Si a patre tantum nobilitatem haurire possit, qui eam habuerit ex dignitate, vel privilegio, certum est, filium nulla nobilitate decoratum nasci; quippe nec conceptus, nec natus e nobilibus parentibus dici possit (1): nisi forte Princeps nobilitatem patri concesserit, non tantum pro se, sed et pro heredibus (2).

(1) *Sed eum, qui, posteaquam pater ejus de Senatu motus est, concipitur et nascitur, Proculus, et Pegasus opinantur non esse quasi senatoris filium. Quorum sententia vera est; nec enim proprie senatoris filius dicetur is, cujus pater Senatu motus est, antequam iste nasceretur. D. l.* 7. §. 1. *ff. de senator.* (1. 9.)

(2) *Fab. cod. de dignit. etc. lib.* 9. *tit.* 29. *def.* 25.

§. 499.

Qui vero a genere nobilitatem sortitur filius, ab avis nempe, vel proavis, non ideo

Inst. l. 1. tit. 3. ff. l. 1. tit. 5. Cod. l. 12 tit. 1.

minus nobilis nascitur, quod per sordidas artes, aut per aliquod delictum nobilitate spoliatus pater proponatur; cum enim, sicuti eleganter ratiocinatur Ulpianus, filius hic et tamquam filius, et tamquam nepos nobilis persona considerari possit, aequius est, ut favore ipsius, qui innocens est, avi potius, quam patris consanguinitas in hac specie attendatur (1): tum maxime, quod iniquum sit, a patre solo auferri filio, quod non a patre solo filius habet.

(1) *D. l. 7. §. ult., Fab. cod. d. tit. def. 1., et 14.*

§. 500.

Nec movet vulgatum axioma, per medium inhabile impediri conjunctionem extremorum; nam verum quidem illud esse potest, cum medium per omnia inhabile est, et quidem intrinseco vitio: sed aliud statuendum in hac specie, qua inhabilitas patris ex vitio extrinseco est, nec tollit sanguinis communionem nepotis cum avo, in qua nobilitatis adeptio fundamentum habet (1).

(1) *L. 3., d. l. Emancipatum 7. §. ult. ff. de senatoribus.* (1. 9.)

§. 501.

Nec faciliori exitu opponi potest D. Marci rescriptum, quo placuit, eminentissimorum, vel perfectissimorum virorum pronepotes non aliter a plebejorum poenis, vel quaestionibus immunes esse, quam si nulla propioris gradus liberos violati pudoris macula abstergat (1); etenim jus singulare hic traditur ad consequentias minime protrahendum (2): privilegium concessit Imperator, legem idcirco ipsi, quam voluit, dixit; et arctioribus limitibus circumclusit, ut facilius a crimine filiorum amore parentes averteret.

(1) *L. D. Marco 11. cod. de quaest.* (9. 41.)

(2) *L. Quod vero 14. ff. de legibus,* (1. 3.) *l. Quod contra 142. ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 502.

Nunc de quibusdam personis inquirendum, an nobilibus sint accensendi, necne. Hic autem quaestio esse potest de advocatis, medicis, et mulieribus nuptis, vel viduis. Certum est, advocatos, seu juris doctores, non tantum nobilitatem acquirere eorum exemplo, qui in castris militant, quibus in jure comparantur (1), sed et dignitatem quandam habere, ideoque privilegium, ne pro debito civili detrudi possint in carceres, aut facile pro crimine tormentis subjici (2), aut ignominiosae bonorum cessioni (3). Quo etiam fit, ut habeant beneficium immunitatis, non ex privilegio, et contra regulas juris communis, prout medici, sed ipso jure communi, quo immunes sunt a plebejis muneribus, et oneribus quicumque nobiles existimantur quae privilegia etiam in eorum viduas, et liberos transmitti placuit (4). Quamquam apud nos constitutum, ut ad instituenda fideicommissa inhabiles sint, qui nulla alia nobilitatis gloria sunt decorati, quam quae ex laurea acquiritur (5).

(1) *Advocati, qui dirimunt ambigua fata caussarum, suaeque defensionis viribus in rebus saepe publicis, ac privatis lapsa erigunt, fatigata reparant non minus provident humano generi, quam si praeliis, atque vulneribus patriam parentesque salvarent. Nec enim solos nostro imperio militare credimus illos, qui gladiis, clypeis, et thoracibus nituntur, sed etiam advocatos: militant namque caussarum patroni, qui gloriosae vocis confisi munimine, laborantium spem, vitam, et posteros defendunt. L. Advocati 14. cod. de advocat. diversor. judicior.* (2. 7.)

(2) *Fab. cod. de dignitat. lib. 9. tit. 29. def. 10.*

(3) *Reg. Const. lib. 3. tit. 33. §. 4.*

(4) *Thes. quaest. forens. lib. 1. qu. 99. num. 7. †, Ab-Ecclesia part. 1. observ. 65. num. 12. et seqq., Fab. dic. def. 10.*

(5) *Reg. Const. lib. 5. tit. 2. §. 1.*

§. 503.

De medicis non idem per omnia ferendum est judicium; eorum quidem praestantis-

sima ars est, sive actu legant, sive corporum curationi incumbant, atque ab omnibus muneribus, et oneribus potissimum personalibus immunes sunt (1): non tamen nobilitatem habere existimantur, adeoque privilegia sua in viduas, et liberos non transmittunt; quia ipsis non competunt ratione dignitatis, sed officii, quod nec in liberos, nec in viduam ipsis defunctis transit (2). Exceptio est in medicis Principis, quibus Princeps se tradit curandum; quosque ideo dignitate fulgere, et immunitate gaudere, censuit Senatus Sabaudus (3): maxime cum et ipse coquus Principis, atque nutrix nobiles censeantur, itaut haec maritum etiam plebejum nobilem faciat (4).

Inst. l. 1. tit. 3. ff. l. 1. tit. 5. Cod. l. 12. tit. 1.

(1) *L. Medicos* 6. *cod. de professorib., et medic.* (10. 52.)

(2) *Fab. cod. de dignit. lib.* 9. *tit.* 29. *def.* 9.

(3) *Fab. ibid. def.* 11.

(4) *Fab. d. def.* 11. *num.* 1., *def.* 4. *num.* 9. *in corpore, et def.* 21.

§. 504.

De mulieribus certa res est, eas non solum nobilitatem, sed et immunitatem a marito acquirere (1). Quod si vir moriatur, et alteri nubat, prioris viri nobilitatem amittit, posterioris sequitur conditionem, ut et domicilium (2); matrimonium enim individuam vitae consuetudinem continet, et mutuam jurium omnium communionem (3).

(1) *L. Mulieres* 13. *cod. hoc tit., Fab. cod. eod. tit def.* 16.

(2) *L. Filii libertorum* 22. §. 1. *ff. ad municipalem* (50. 1.), *l. ultim. ff. de senatoribus* (1. 9), *Novell.* 22. *cap. Non tamen permittimus* 36.

(3) *Nuptiae sunt .... consortium omnis vitae: divini, et humani juris communicatio. L.* 1 *ff. de ritu nuptiarum.* (23. 2)

§. 505.

An vero nobilium defunctorum conjuges, quamdiu viduae manent, iisdem pergant frui privilegiis, res est distinctionibus diriuenda. Privilegia, quae dignitati, vel conditioni annexa sunt, etiam post mariti mortem intacta penes viduam permanent; quia idem fingitur durare matrimonium, quamdiu novum non contrahit (1). Sed mortuo marito privatur privilegiis omnibus, quae potius ratione officii competunt, quippequod, in superstitem mulierem transire, nullatenus fingi potest (2).

(1) *D. l.* 22 §. 1. *ff. ad municipalem, l. Quoties super caussa* 3. *cod. de privilegiis scholarum* (12. 30.), *Fab cod. de dignitat. lib.* 9. *tit.* 29. *def.* 22.

(2) *Fab. cod. eod. tit. def.* 23.

§. 506.

Vix aliqua difficultas esse potest, quantum ad probandae nobilitatis modos; probatur etenim instrumentis, et scripturis antiquis, recognitione insignium, depositione testium de publica voce et fama: imo, quia agitur de re probatu difficili, in antiquis leviores recipiuntur probationes: quare in his sufficit, quod parentes inter alios fuerint incidenter pro nobilibus habiti, maxime si aut coram Principe, aut apud supremas Curias instrumenta illa conscripta proponantur (1); nec enim facile praesumi potest, Principem, aut ejus Magistratus pati, ut, qui nobilis non est, nobilis appelletur; quia publice interest, ut nobiles ab ignobilibus distinguantur (2). Potiori ratione, si Princeps per verba enunciativa aliquem nobilem dicat, vel ea dignitate praeditum, quae nobilitatem conferat, satis probata judicabitur nobilitas etiam quoad alios: saltem si de ea agatur dignitate, et qualitate, quam Princeps verosimiliter ignorare non possit (3).

(1) *Fab. cod. de probationib. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 27.

(2) *Toto tit. cod. ut dignit. ordo servetur.* (12. 8.)

(3) *Fab. cod. de dignit. def.* 15.

§. 507.

Plurima sunt nobilium praecipua jura, seu privilegia, quibus ab ignobilius secernantur. Inter ea primum obtinet locum immunitas ab omnibus oneribus, et muneribus

Inst. l. 1. tit. 3. ff. l. 1. tit. 5. Cod. l. 12. tit. 1. personalibus, quibus subjiciuntur plebeji, tum etiam a mixtis, quae personae quidem imponuntur; sed ratione rerum potius, quam intuitu personarum. Atque, privilegium hoc etiam ad ea bona extendi, tradit Faber, quae a plebejis comparaverint nobiles; quia longe convenientius sit, ut res personae conditionem sequatur; quam persona rei (1): itant nequidem aliter per consuetudinem fieri possit (2); quia contra publicam utilitatem esset, quae postulat, ut dignitatum ordo servetur (3).

(1) *Fab. cod. de muneribus patrimonial. lib. 9. tit. 30. def. 3.*

(2) *Fab. cod. eod. tit. def. 14.*

(3) *D. tit. cod. ut dignit. ordo servetur. V. §. 509. infra.*

§. 508

Excluditur ab hac immunitate, saltem pro tributo commutatorio (1), qui ex privilegio nobilis est: cum enim hic immunitatem non obtineat, nisi post annum quinquagesimum pro bonis propriis (2), minus eam adipisci potest pro bonis habitis a plebejis (3). Si ergo, qui ex privilegio nobilitatem consecutus est, velit, et immunitatem consequi, curare debet, ut tanto minora tributa universitas solvat: nisi ex dignitate privilegium habuerit, quod, utpote clausum in corpore juris, favorabilem caussam habet (4). Extra tributum hoc immunitate gaudet quisquis, quaecumque ratione nobilis sit, nisi aliter Princeps caverit; cum immunitas proximus effectus sit nobilitatis (5).

(1) *Tributum commutatorium dicunt; quia, cum prius in singula subditorum capita impositum esset, et incertum, postea commutatum est in reditum certum et perpetuum pro uniuscujusque facultatibus: quo fit, ut potius personale judicetur, initio scilicet inspecto.*

(2) *Edic. 6. Kal. Martii, et 6. Kal. Aprilis 1584.*

(3) *Fab. cod. de mun. patr. lib. 9. tit. 30. def. 4. V. R. C. lib. 6. tit. 4.*

(4) *Fab. d. d f 4. cod. de muner. patrimon.*

(5) *Fab. ibid. def. 7., et num. 1. in allegationibus.*

§. 509.

Placuit tamen Pedemontano Senatui, apud quem inconcussum est, nobilitatem solam, etiamsi concurrat simul qualitas jurisdictionis, privilegium immunitatis non conferre (1), in hac quaestione distinctio, an bona, quae nobilis, puta vassallus acquirit, prius essent allodialia, nec ulla servitute feudali, aut emphyteutica erga dominum obnoxia: an vero emphyteuticaria essent, vel feudalia [in iis scilicet casibus, in quibus vassallus a Principe habeat facultatem feudalia bona in emphyteusim, vel feudum concedendi]. In prima specie, nulla immunitate gaudere vassallum, censuit, quamvis in loco feudali ipsius bona reperiantur; quia res debet transire cum onere suo. In altera vero, cum ea bona primitus immunia essent, si ad dominum revertantur, pristinae debent naturae restitui, et privilegio (2). Quod vero pertinet ad tributa, quae inducuntur pro reparatione, conservatione et extructione viarum, ab iis sane immunes esse vassallos, ne quidem pro feudalibus bonis, aequitas patitur, maxime si bona habeant contigua (3), cum aequum sit, ut qui commodum alicujus rei sentit, particeps etiam sit oneris (4).

(1) *Sola de jure emphyt. part. 3. Glos. 2. num. 13. pag. 75.*

(2) *Sola d. Glos. 2. num. 7. 8. 9. pag. 73.*

(3) *Sola de repar., et conserv. viar. Glos. un. num. 16. pag. 288. V. Edict. 25. August. 1759.*

(4) *L. Secundum naturam 10. ff. de reg. jur. (50. 17.)*

§ 510.

Posita vero immunitate, eam ad bona extendi tradit Faber, quae quis in solutum accepit ejus summae, quae sibi debebatur; quamvis eam tantum immunitatem adeptus sit pro bonis praesentibus; quia bona haec non de novo acquisita dici possunt, sed potius in aliorum locum subrogata (1): quorum ideo sequi naturam debeant (2).

(1) *Fab. cod. de dignit. lib. 9. tit. 29. def. 29.*
(2) *Argum. l. Imperator 70. §. ult., l. 8., et 9. ff. de legat. 2. (31. 1.)*

Inst. l. 1. tit. 3. ff. l. 1. tit. 5. Cod. l. 12. tit. 1.

§. 511.

De liberis nulla esse dubitatio potest; cum enim parentum dignitas, et nobilitas in filios transeat (§. 493.), transire quoque debet immunitas (1), proximus nobilitatis effectus: nisi aliud Princeps statuat. Idem de muliere, eadem ratione (d. §. 493.) ferendum judicium (2).

(1) *Fab. cod de munerib. patrimonial. lib. 9. tit. 30. def. 17.*
(2) *Fab. cod. eod. tit. def 12.*

§. 512.

Alterum nobilium privilegium in eo consistit, quod delinquentes mitius puniantur (1), atque ab iis poenis immunes sint, quae infamiam irrogant: nisi eorum scelerum rei fiant, quibus annexa est infamia de jure, et de facto (2).

(1) *L. Moris est 9. §. Istae fere 11., l. Aut facta 16. §. Persona 3. ff. de poenis (48. 19.), Thes. quaest. forens. lib. 3. quaest. 13. num. 5.*
(2) *Reg. Const. lib. 4. tit. 25. §. 4.*

§. 513.

Ex his fluit, pro debito civili nobiles in carcerem detrudi, non posse, nisi fraudis, et doli participes demonstrentur (1), ne sua ipsis fraus patrocinetur; quod privilegium extendit Ab-Ecclesia ad eos etiam, qui ex privilegio nobiles sunt, ad doctores, milites, filiosque senatorum, referendariorum, et consiliariorum status, mortuo licet patre (2): quin renuntiatione, etiam jurejurando firmata, nobilis sibi nocere possit, nisi ea ex facto proveniat, quo nobilitas amittatur, vel ex natura obligationis in forma Camerae suscepta (3).

(1) *Ab-Eccl. observ. forens. part. 1. obs. 124. num. 10., et seqq.* †
(2) *D. obs. num. 10. 11. 12. 13., Thes. dec. 153. num. 6.* †
(3) *Ab-Eccl. d. obs. num. 13. 14. 15., ubi tamen num. ult. refert a Senatu definitum, vassallum posse in carcere detineri pro debito privati, si doli particeps fuerit demonstratus.*

§. 514.

Discutiendum superest, qua ratione semel acquisita nobilitas amittatur. Amittitur 1. Per artes sordidas et mechanicas, quia sub ea conditione conferri judicatur, ut nobilis nobiliter vivat, atque ab iis abstineat, quae virum nobilem dedecent (1). Sed quamvis ipso facto in hoc casu nobilitas amittatur, non tamen licet communitati ante declaratoriam judicis sententiam nobilem hunc, quasi plebejum jam factum, plebejorum oneribus statim subjicere; ne uviversitas ipsa jus sibi dicere videatur, quod privatis non conceeditur (2).

(1) *Fab. cod. de dignit., et nobil. lib. 9. tit. 29. def. 18.*
(2) *L. Non est singulis 176. ff. de reg. jur., (50. 17.) Fab. d. def. 18.*

§. 515.

Sed quid dicendum, si sponte hic ab artibus mechanicis, vel sordidis abstineat, restitueturne ipso jure nobilitati pristinae, quin nova opus sit Principis concessione? Distinguit Faber, utrum nobilitatem habuerit a genere ex antiqua prosapia, an ex privilegio primus sibi, et suis nobilitatem quaesierit. In prima specie nulla opus est rehabilitatione, quae in altera desideratur (1). Discriminis ratio in eo statuitur, quod nobilitas generis major judicetur, quo fit, ut difficilius, quam altera amittatur.

(1) *Fab. cod. eod. tit. def. 1., et 18.*

§. 516.

Amittitur secundo nobilitas crimine, quod gravissimum sit, puta perduellionis; ita tamen ut, quamvis a die commissi delicti quodammodo nobilitate exutus videatur per-

Inst. l. 1. tit. 3. ff. l. 1. tit. 5. Cod l. 12. tit. 1.

duellis, non tamen quoad effectum nobilis esse desinat, nisi post sententiam condemnationis (1); quippe etiam in poena infligenda ejus ratio haberi soleat (2).

(1) *Fab. cod. ad leg. Juliam Majestatis lib.* 9. *tit.* 6. *def.* 8

(2) *L. Aut facta* 16. § *Personae* 3. *ff. de poenis* (48. 19.), *Fab. d. def.* 8.

§. 517.

3. Amittitur praescriptione, quae tamen longissima sit, seu triginta annorum, si nempe quis per continuum illud temporis spatium passus fuerit, in plebejorum numerum referri, oneribusque subjici, quibus soli plebeji obnoxii sunt. Triginta vero annos requirimus; quamvis enim regulariter privilegia decennio, vel vicennio amittantur (§. 221.); quia tamen hic de statu personae agitur, quae res maximi momenti est, longius exposci tempus aequius visum fuit (1).

(1) *Fab. cod. de dignit., et nobil. lib.* 9. *tit.* 29. *def.* 6., *et tit. seq. de muner. patrimon. def.* 5.

§. 518.

Verum non sicut per artes sordidas, vel mechanicas nobilitas amittitur, ita eadem privatur, qui necessitate, et rei familiaris angustiis pressus ea facit, a quibus nobiles abstinere solent: veluti si agros suos manu sua colat, vel etiam alienos colendos conducat; iniquum enim omnino esset, aliquem cogere, ut fame pereat; vel si aliqua honesta ratione, quae et nobilissimis veteribus Romanis placuit, sibi, suisque necessaria paret, eum, quasi indignum, nobilitate spoliare (1).

(1) *Fab. cod. de dignit. def.* 3., *Sola de nominat. dominorum Glos.* 2. *num.* 9. *pag.* 133.

§. 519.

An procuratoris ad lites, vel notarii officium deroget nobilitati, dissentiunt interpretes. Procuratoris litem exercentis vile certe officium non est, nec tale alicubi esse traditur (1). Placuit tamen Sabaudo Senatui distinctio inter eos, qui apud supremas Curias hoc munere funguntur, aliosque, qui apud inferiores judices postulant, itaut priores nobilitatem quidem non habeant, sed retineant, posteriores eam amittant (2).

(1) *Quod legitur in l. Si quis procurationem* 34. *cod. de decurionibus* (10. 31.), *non ad procuratores litium, sed ad procuratores negotiorum pertinet, ut textus demonstrat.*

(2) *Fab. d. tit. de dignit., et nobilit. def.* 5.

§. 520.

Acrior de notariatus exercitio disputatio est. Quidam enim illud officium ita vile habent, ut, personas etiam infames ad id admitti posse, existiment (1). Alia sane apud nos est consuetudo, aliaeque sunt leges; nec ad id munus admittuntur, nisi viri probitate, et bonis moribus instructi, honestisque nati parentibus (2). Merito ergo constitutum est, ut notarii officium nullum nobilitati inferat praejudicium (3). Quamquam aliud olim placuit Sabaudo Senatui, exceptis tamen notariis Principis, quos et dignitatem habere censuit (4).

(1) *Cravetta cons.* 163., *Tiraquel. de nobilitate cap.* 30. *num.* 9.

(2) *Reg. Const lib.* 5. *tit.* 22. *cap.* 1. §. 4.

(3) *Reg. Const. d. loco* §. 1.

(4) *Fab. cod. de dignit. def.* 4.

§. 521.

An filius nobilitatem amittat, quia pater artes sordidas, obscenas, vel mechanicas, exercuerit, vel alia ratione fuerit eadem spoliatus, jam supra distinximus; ut, si nobilitas in patre incoeperit, factum patris filio noceat (§. 497. et seq.), sin vero ab avis nobilitas sit, non eo deterioris sit conditionis filius, quod pater nobilitate privari meruerit. (§. 499.)

§. 522.

Agendum superest de divisione hominum ratione habita ipsius familiae: qua inspecta tribuuntur in patresfamilias, et filiosfamilias; quae quidem divisio, uti jam animadvertimus, fundamentum etiam habet in ipso jure naturae (§. 415.). Sed, quia specialia plurima babet a Romanis legibus, idcirco seorsim de ea agendum est. Atque primo expendemus, quid sit patria potestas, quibus competat, qui sint ejus effectus. Deinde quibus modis acquiratur. Tandem qua ratione amittatur. Inst. l. 1. tit. 9. ff. l. 1. tit. 6. Cod. l. 8. tit. 47.

TITULUS VI.

De patria potestate.

Instit. lib. 1. tit. 9. *De patria potestate.*
Digest. lib. 1. tit. 6. *De his, qui sui vel alien. jur. sunt.*
Cod.. lib. 8. tit. 47. *De patria potestate.*

SUMMARIA.

Quae de patria potestate expendenda sint, et quo ordine. §. 523.

Patriae potestatis definitio. Qui veniant parentum, et filiorum nomine. §. 524.

Objectum duplex patriae potestatis: educatio filiorum, et domestica societas. §. 525.

Pater furiosus potestatem habet in liberos etiam in furore conceptos. §. 526.

Potest tamen interim filius libere gerere, quae moram non patiuntur: veluti adire hereditatem, nuptias contrahere. §. 527.

Sed patri reservantur omnia commoda, et emolumenta. §. 528.

Maxima olim erat parentum potestas in liberos, tum in eorum personam, tum in bona. §. 529.

Sed potestas haec ad limites aequitatis postea fuit restricta. §. 530.

Non potest pater, adulteram filiam occidere; sed potest in levioribus delictis sententiam dicere, qua poena coercendus sit filius. §. 531.

Potest, injuriam filio illatam remittere, nisi vilior sit patris persona. §. 532.

Onera parentum sunt educatio, et sustentatio. §. 533.

Educatio praecipue pertinet ad mores filiorum instruendos, non ad opes congerendas. §. 534.

Parentes naturali jure debent alimenta filiis. §. 535.

§. 523.

De patria potestate dicturi, ex qua, ratione habita familiae, oritur distinctio inter patres, et filiosfamilias, expendendum nobis est, quid ea sit, quibus competat, circa quae versetur: seu, ut verbis philosophorum utar, quod sit ejus objectum, quae vis, quomodo acquiratur, tandem qua ratione amittatur. Sed quia Justiniani vestigiis insistere statuimus, ejus exemplo in hoc titulo quatuor tantum priores quaestiones definiemus, singularibus titulis expositurі modos, quibus acquiratur; vel quibus jam acquisita amittatur. Verum, cum propositum quoque nobis sit, ad Justiniani methodum ea revocare, quae in pandectis et codice continentur, idcirco postquam naturam, et vim patriae potestatis perpenderimus, de oneribus, quae eidem annexa sunt, agendum erit.

§. 524.

Patria potestas definiri congrue potest, jus parentibus in liberos competens ad eorum mores instruendos, et regimen domesticum. Jus dicimus, quo auctoritatem tum a natura,

(1) *D. l.* 25. *in fine.*

(2) *L. furiosus* 63. *ff. de acquirend., vel omittenda hereditate*, (29. 2.) *l. Cum furiosus* 7. §. *Sin autem ex alia* 3. *cod. de curatore furios.* (5. 70.), *d. l.* 20. *ff. de statu hom.* (1. 5.)

Inst. l. 1. tit. 9. ff. l. 1. tit. 6. Cod. l. 8. tit. 47.

§. 529.

Summa olim erat apud Romanos patriae potestatis vis; et tanta, ut filii patris respectu res mancipi dicerentur, adeoque vindicatio, interdictum de liberis exibendis (1), actio furti, legis Aquiliae, potestas noxae dandi, imo et impune occidendi parentibus competeret (2); quamvis vendere, et inde libertatem eripere, nisi filios sanguinolentos, atque maxima urgente necessitate, singulari prae ipsa vita libertatis amore, nusquam concessum fuerit (3). Haec autem jura omnia, sicut et facultas patribus concessa sibi vindicandi, quidquid filius quacumque ratione acquireret (4), eo nitebantur fundamento, quod dominium, et proprietatem filiorum jure Romano parentes habere judicarentur (5).

(1) *L. Interdictorum* 2. §. *Quaedam interdicta* 2. *ff. de interdictis.* (43. 1.)

(2) §. *Interdum* 9. *instit. de obligat., quae ex delic. nascunt.* (4. 1.) *l. Sed et si* 5., *l. Qua actione* 7. *princip.*, et §. *Si quis in colluctatione* 4. *ff. ad l. Aquil.* (9. 2.), *l.* 1. §. *Per hanc autem* 2. *ff. de rei vindicat.* (6. 1.), *l. ult. cod. hoc tit.*, §. *ult. instit. de noxalib. action.* (4. 8.), *l. In suis* 11. *ff. de liber., et posthum.* (28. 2.)

(3) *L.* 1. *et* 2. *cod. de patrib., qui filios distrax.* (4. 43.)

(4) §. 1. *instit. per quas person. cuiq. acquirit.* (2. 9.)

(5) *D. l.* 2. §. 2. *ff. de interdic.*, *d. l.* 1. §. 2. *ff. de rei vindicat.*

§. 530.

Verum, quum amplissima haec parentum potestas parum consentanea esset naturali juri, quod suadet, ut patris auctoritas ab amore nunquam disjuncta sit, atque in utilitatem potius, quam dispendium filiorum, exerceatur, tum prudentum interpretationibus, tum Principum edictis ad angustiores limites justitiae, at aequitatis redacta est, itaut sola fere nunc supersit privata modica coercitio (1), et facultas in quibusdam casibus per filios acquirendi (2).

(1) *L. unic. cod. de emendatione propinquorum.* (9. 15.)

(2) *D.* §. 1. *inst. per quas person. cuique acquir.* (2. 9.)

§. 531.

Hinc non amplius patri licet, filiam in adulterio deprehensam occidere (1), quamvis vetere civili jure fere impunis esset (2). Ne tamen contra naturae jus nimis coarctetur patris potestas, censuit Senatus Sabaudus, potestatem faciendam patri de filii moribus, et impietate conquerenti, licet nullas in promptu probationes querelae haberet ejus prehendendi, et in carceres detrudendi: imo et pro arbitrio sententiam dicendi, qua poena puniendus esset, nisi tam atrox injuria et impietas fuisset, ut ad publicum exemplum gravior esset irroganda (3).

(1) *Cap. Inter haec* 6. *caus.* 33. *qu.* 2.

(2) *L. Patri* 20. *ff. ad l. Juliam de adulteriis.* (48. 5.)

(3) *Fab. cod. de patr. potest. lib.* 8. *tit.* 33. *def.* 1. *et num. ult. in allegat. tradit, apud Senatum Sabaudum adesse exempla filiorum pro eo tempore ad triremes condemnatorum, quod pater ipse constituisset: atque patrem posse, leviorem sibi a filio illatam injuriam quandocunque remittere, adeoque etiam post delatam ad judicem querelam; ne paternae misericordiae nullus supersit locus.*

§. 532.

Eadem ratione placuit, patrem posse filio injuriam factam eo etiam invito, remittere; quia patri magis, quam filio, illata videatur (1), nisi adeo vilis sit patris persona, ut de honore filii ipsi non sit confidendum (2).

Inst. l. 1. tit. 3. ff. l. 1. tit. 6. Cod. l. 8. tit. 47.

(1) *L. Sed si unius* 17. §. *Ait praetor* 10. *ff. de injuriis.* (47. 10.)
(2) *Fab. cod. hoc tit. def.* 2.

§. 533.

Perpendimus, quae sint parentum jura in liberos: aequum est, ut investigemus, quae sint eorum onera; eaque ad duo capita referri possunt, nempe ad congruam educationem, et vitae sustentationem; natura enim, seu sapientissimus naturae Auctor, ita universa disposuit, ut nullum fere commodum sit, quod annexum non habeat aliquod onus, et quidem plerumque gravius, quam commodum utile sit.

§. 534.

1. Igitur parentes incumbere debent sedulae, et convenienti filiorum educationi (1), itaut non tantum in scientiis, vel aliqua arte secundum uniuscujusque conditionem; sed, quod praecipuum est, in bonis moribus instruantur; et haec quidem munia per se exercere tenentur, non ita alieno confidere auxilio, ut alterius opus videatur prolis educatio, atque interim pareutes toti sint in negotiis administrandis, familiaribus rebus curandis, atque amplificandis, (atque utinam pejoribus, et iniquioris exempli rebus non se dedant!) quasi vero potissimum parentum officium sit, prolem temporalibus rebus ditare potius, quam ejus animum bonis artibus, et moribus exornare; eum teste frequentiori experientia illae sine istis noceant potius, quam prosint.

(1) *Filii tibi sunt. erudi illos, et curva a pueritia illorum. Eccl. cap.* 7. *versicul.* 25. *Cui consonat Apostolus in his verbis:* Si quis suorum, et maxime domesticorum curam non habet, fidem negavit, et est infideli deterior *Epist.* 1. *ad Timotheum cap.* 5. *versic.* 8.

§. 535.

Alterum parentum munus est, ut congrua filiis alimenta praestent (1); vox enim naturae est, ut qui vitam dedit, ea quoque suppeditet, quae ad vitae conservationem sunt necessaria. Sed, cum in hoc argumento plurima sit maximi momenti, convenientius ea singulari titulo pertractabimus.

(1) *Si quis a liberis ali desideret, vel si liberi ut a parente exhibeantur: judex de ea re cognoscet. L.* 5, *ff. de agnoscend., et alend. liber.* (25. 3.), *l. Unusquisque* 2. *cod. de infantibus expositis* (8. 52.), *l. ult.* §. *Ipsum autem* 5. *cod. de bon., quae lib.* (6. 61.)

TITULUS VII.

De alimentis liberis a parentibus praestandis.

Digest lib 25. tit. 3. *De agnoscendis, et alendis liberis.*
Cod. lib. 5. tit. 25 *De alendis liberis, ac parentibus.*

SUMMARIA.

Series, et ordo rerum hic tractandarum. §. 536.
Alimentorum nomine hic veniunt cibus, potus, vestes, habitatio, expensae ultimae infirmitatis, et funeris §. 537.
Insuper expensae necessariae ad disciplinas, vel artes addiscendas. §. 538.
Onus alendi adstringit patrem, matrem, ascendentes paternos, et maternos; servato tamen ordine, et gradu conjunctionis. Quid discriminis inter patrem, et matrem? §. 539.
Deficientibus ascendentibus quaestio instituitur de collateralibus, et aliis: tum de personis, quibus praestanda sint alimenta §. 540.
Frater dives tenetur ad alimenta fratri etiam uterino, naturali, et spurio. §. 541.

Deficiente fratre tenetur patruus. § 542. ff. l. 25. tit. 3.

An donatarius omnium bonorum teneatur alere filios donatoris? Affirmat Thesaurus. Negat Voet: quo fundamento. §. 543. Cod. l. 5. tit. 25.

Explicatur sententia Hermogeniani, ex quo decerni possunt alimenta decurionibus civitatum, maxime si ob munificentiam in patriam exhauserint suum patrimonium § 544.

Jure stricto non tenetur, sed ex aequitate a judice aliquando cogi potest §. 545.

Heres tenetur, alere filios defuncti etiam naturales, spurios, et incestuosos, licet pater prohibuerit: et dare dotem filiae. § 546

Cum plures sunt coheredes, singuli in solidum tenentur, si alimenta debeantur ex praevia obligatione: pro portionibus vero hereditariis, si lege, vel aequitate debita sint. Ex adjunctis tamen aliud obtinere potest. § 547, et 548.

Si bona ex praevia conventione, vel actione specialiter sint obligata, actio realis potest institui in solidum contra singulos coheredes. §. 549.

Idem est, si hypotheca generalis fuerit §. 550.

Cum duo sunt heredes, quorum alter proprietatem habet, alter usumfructum, prius ad alimenta tenetur usufructuarius, si modo reditus supersint. His deficientibus judex decernere potest proprietatis alienationem. § 551.

Singularis successor conveniri nequit actione personali, nec reali, nisi bona jam essent obligata, vel fuerint in fraudem distracta. §. 552.

Fiscus alimenta praestare tenetur, cum bona ad ipsum sunt devoluta. §. 553.

Filii debent alere parentes, nepotes patruum. §. 554.

Hinc filius religionem profiteri nequit, si parentes laborent extrema, vel gravi necessitate: quin et ex eadem parentum necessitate religionem deserere debet. § 555.

Conjuges invicem sibi debent alimenta; quamvis mulier sit indotata, si vir hoc sciverit. §. 556.

Si dotem promissam exigere vir nequeat, summo jure non debet uxori alimenta; sed ea debet ex aequitate, si uxor pauper sit, et innocens. §. 557.

Mulieri, quae injuria a viro divertit, non debentur alimenta: secus si ob justam causam §. 558.

Caeteri conjuncti non debent alimenta, nisi ex aequitate. §. 559.

Gener, et nurus a socero ali debent: non privigni a vitrico, vel noverca. §. 560.

Pater tenetur alere filios non tantum legitimos, sed et naturales. Idem de avo. Pater quoque dotem dare debet filiae, etiam naturali §. 561.

Spurios ex jure civili pater alere non tenetur: tenetur ex jure canonico, quod in foro receptum est. §. 562.

Pater alere quoque debet filium emancipatum, ut et datum in adoptionem; quamvis ab ascendente adoptatus fuerit. §. 563.

Quid juris de filio gravis criminis conscio, et ex propria culpa ad inopiam redacto? §. 564.

Durius agi potest cum eo; et sufficit, ei alimenta praestare secundum necessitatem naturae, non secundum decentiam status. Quid de filios perduelli contra Deum, vel patriam? §. 565.

Alendi sunt a patre non tantum filius, sed et filii uxor, et liberi. § 566.

Quid juris, si filius indignam duxerit, vel indotatam patre invito? 567.

Pater non tenetur, alere puellam a filio corruptam sub spe matrimonii, sed dotare. §. 568.

Infantes expositi alimenta recipiunt ab hospitali, si quod sit in loco; alioquin ab ecclesiae rectore, vassallo, et communitate. An culpae rei sint parentes, qui infantes exponunt. et qua poena puniantur. § 569.

Qui infantes exponunt, si inopes sint, non tenentur restituere piis locis impensas alimentorum. Si divites fuerint, tenentur. §. 570.

ff. l. 25. tit. 3. Cod. l. 5. tit. 25. *Praestanda etiam sunt alimenta pendente lite ei, qui agit ad bona, quae sua esse contendit, si aliquam praesumptionem pro se habeat: atque heredibus beneficiatis pendente inventario, si aliunde nihil habeant.* §. 571.

Ordo praestandorum alimentorum hic est: primo tenetur pater, excepto primo triennio. Si pater inops sit, avus, caeterique ascendentes paterni tenentur. His deficientibus mater, et materni ascendentes. §. 572.

Rectius sentire videntur, qui mortuo, vel inope patre avum ante matrem teneri putant ad suppeditanda alimenta. Quaestio tamen haec ex adjunctis maxime pendet, et prudentis judicis arbitrio definienda est. §. 573.

Descendentes primo alere debent patrem, tum matrem, tum caeteros ascendentes paternos, postremo maternos. §. 574.

Si ascendentes deficiant, tenetur primo frater, deinde patruus, postremo consanguinei: agnati tamen ante cognatos, si agnati, exclusis cognatis, ad successionem vocentur: deinde affines, postremo successores universales. Sed et hic ordo immutari ex adjunctis potest. §. 575.

Quantitas alimentorum ea praestanda est, quam exigit necessitas alimentarii, et patiuntur facultates, et necessitates ejus, qui alere debet. §. 576.

Si congruae suppetant parentibus facultates, alimenta filio praestanda sunt secundum decentiam status, inspecta etiam aetate alimentarii, et aliis adjunctis. §. 577.

Taxa alimentorum perpetua non est, sed augeri, vel minui potest. §. 578.

Alimenta hic non per viam actionis petuntur, sed implorato judicis officio; quod cognati quoque implorare possunt, si alimentarius impubes sit. Pignoribus captis judex cogit ad praestanda alimenta. §. 579.

Ex jure in foro recepto competit hypotheca pro alimentis. Consectarium hujus assertionis. §. 580.

Cessat obligatio alimentorum. Primo si filius aliunde habeat, quo sibi prospiciat. §. 581.

Hinc pater non restituit alimenta praeterita, quae filius habuit titulo lucrativo. Hoc sensu dicitur, alimenta tantum deberi a die motae litis. §. 582.

Cessat 2., *cum filius sine justa caussa detrectat cum patre habitare.* § 583.

3. *Cessat alendi obligatio in eo, qui vix se ipsum sustentare potest,* §. 584.

4. *Non tenetur pater, filium alere ingratitudinis reum, ob quam possit exheredari: nisi criminis filium poeniteat. Sed cavendum a nimio rigore. Quid de matre adultera, et filia contra patris voluntatem nubente?* §. 585.

Si ille, a quo petuntur alimenta, neget, se talem esse, qui ea praestare debeat, judex hoc summarie definit. Ex decreto alimentorum non inducitur probatio filiationis. §. 586.

Cum de alimentis praestitis quaeritur, sufficiunt leviores probationes, et ex indiciis locus sit jurijurando suppletivo. §. 587.

Alimenta non praesumuntur donata, nisi validae probationes donationis assistant. §. 588.

Transitio. §. 589.

§ 536.

Ut omnia, quae ad alimenta, extra caussam legati, pertinent, et quae hic pertractari rerum series exposcit, intelligatur; expendemus: 1. Quid veniat alimentorum nomine: 2. Qui alere teneantur: 3. Quibus alimenta praestare debeant: 4. Quo ordine praestanda sint alimenta: 5. Quis sit eorum modus, quae taxa: 6. Qua actione petentur: 7. Quibus in casibus cesset alendi obligatio.

§. 537.

Alimentorum nomine veniunt generaliter ea omnia, sine quibus humanum corpus sustineri non potest, et quae natura ipsa hominis demonstrat (1): proindeque non tantum

ff. l. 25. tit. 3. Cod. l. 5. tit. 25.

cibus, et potus, vestes, et habitatio (2), cujus appellatione etiam utensilia contineri videntur (3): sed et expensae ultimae infirmitatis, nisi maximae, et extraordinariae sint (4): atque expensae funeris; quae et necessariae sunt ad convenientem defuncti alimentarii corporis curam. Atque ita a cibariis distinguuntur, quae cibum tantum, et potum complectuntur, non autem vestiarium, nec habitationem (5).

(1) *Legatis alimentis cibaria, et vestitus, et habitatio debebitur; quia sine his ali corpus non potest. L.* 6. *ff. de alim., et cib. leg.* (34. 1.)

(2) *D. l.* 6. *ff. de alim. legat.*

(3) *Argum. l. Labeo* 7. §. 1. *ff. de suppellect. legat.* (33. 10.), *l. Quos nos* 234. §. *ult. ff de verb. significat.* (50. 16.)

(4) *Thes. quaest. forens. lib.* 2. *qu.* 52. *num.* 6. †.

(5) *L. Diariis* 21. *ff. de alim., vel cib. leg.*

§. 538.

Quinimo licet alimentis legatis ea, quae ad disciplinam pertinent, legato non contineri, scripserit Javolenus (1); quia tamen hic de obligatione agitur, quae a natura ipsa ortum habet; et parum prodesset corporis sustentatio neglecta animi cultura, idcirco communiter receptum, ut alimentorum nomine hic etiam veniant impensae necessariae ad disciplinas ediscendas, vel artes conditioni alimentarii convenientes (2).

(1) *Dicta l.* 6. *ff. de alim. legat.*

(2) *Argum. l. Qui filium* 4. *ff. ubi pupil. educ. deb.* (27. 2.)

§. 539.

Necessitas praestandi alimenta incumbit tum patri (1), tum matri, tum aliis ascendentibus paternis, vel maternis, servato tamen ordine, et gradu conjunctionis, itaut, qui proximior est, primus teneatur, et caeteri tantum in subsidium (2); hi enim omnes parentum nomine intelliguntur, et ab iis liberi proximius, vel remotius vitam hauserunt (§. 535.). Hoc tamen discrimen est inter patrem, et matrem, quod haec primo triennio lac praebere debeat, et pater post triennium oneri subjiciatur alimenta suppeditandi (3); ita tamen ut etiam primi triennii alimenta patris oneri sint, si mater nec lac praebere, nec impensis suis nutricem conducere possit, et vicissim mater repetat, quae amplius primo triennio in filios expenderit (4).

(1) *L. Si competenti* 3., *l.* 4. *cod. hoc tit.*

(2) *Auth. Si pater cod. divortio facto* (5. 24.).

(3) *Thes. dec.* 211. *num.* 7. †, *et dec.* 3. *num.* 7. †. *Ita passim colligunt ex his verbis:* et remedium alimentorum apud praesidem majori trimo petenti, nomine ejus monstratum, jure manifesto declarant, *quae habentur in l. Nec filium negare* 9. *cod. de patria potestate* (8. 47.).

(4) *Si mater alimenta, quae fecit in filium, a patre repetat, cum modo eam audiendam D. Marcus rescripsit. L. Si quis a liberis* 5. §. *Si mater* 14. *ff. hoc tit.*

§. 540.

Si ascendentes omnes deficiant, quaestio est, utrum obligatione hac adstringantur frater, patruus an donatarius patris, an heres, an successor singularis, an usufructuarius omnium bonorum, an et ipse fiscus, qui bona, alimenta praebere debentis, occupaverit. Singillatim, et breviter haec sunt pertractanda.

§. 541.

De fratre divite communis sententia est teneri, ad alimenta fratribus, etiam uterinis, suppeditanda in defectum ascendentium (1), ob sanguinis intimam, et proximam conjunctionem, quamvis frater tantum naturalis sit, imo et spurius (2), nec bona provenerint a communi patre (3): quorum omnium eadem semper ratio est, naturalis proxima conjunctio.

(1) *L. Qui filium* 4. *ff. ubi pupil. educ. debeat* (27. 2.), *l. Mutus* 73. §. 1. *ff. de jur. dot.* (23. 3.), *Thesaur. dec.* 211. *littera A in addition.*

ff. l. 25. tit. 3. Cod. l. 5. tit. 25.

(2) *Surd. de alim. tit. 1. quaest. 25. num. 28., et 33., argum. Novel. 89. cap. 12. §. 6.*
(3) *Sud. ibid. in princip.*

§. 542.

Si frater deficiat, vel inops sit, obligatio haec in subsidium devolvitur ad patruum; quamvis de nepote naturali, vel spurio agatur, vel etiam de nepote ex fratre naturali, vel spurio; ita suadente proxima sanguinis conjunctione inter has personas, quae parentum, et liberorum loco sunt (1). Atque ita in foro ubique receptum est (2).

(1) *L. Sororis 39. ff. de ritu nuptiarum* (23 2.).
(2) *Sud. d. tit. 1. quaest. 25. num. 28., et quaest. 23. per totum. Subsidiaria haec patrui obligatio in variis supremis Tribunalibus declarata fuit. De supremo Castellae Conventu, atque Senatu, de Regia Aragonensi Audientia, de supremo Consistorio Regni Siciliae, de Sacro Consilio Neapolitano, atque Sacro Rotae Romanae Tribunali testatur Rota recent. par. 7. dec. 194 num. 8. ad 13.*

§. 543.

Quod ad eos pertinet, qui patris bona donationis, successionis, vel publicationis jure habent, dissentiunt interpretes de donatario. Si omnium bonorum donatarius sit, ad alendos donantis liberos teneri, sentit Thesaurus (1), negat Voet (2), ea motus ratione, quod donatarius ne quidem cogi possit jure stricto ad alendum ipsum donatorem, quatenus ex donatione oritur quidem naturalis quaedam obligatio aequitati, et pudori suffulta, non vero juri efficaci, quo quis cogi in judicio possit (3): ut et colligi ex eo videtur, quod inter justas ob donatarii ingratitudinem revocandae donationis caussas haec non enumeretur, si donatarius egeno donatori alimenta denegaverit (4).

(1) *Thes. dec. 211. num. 8.*
(2) *Voet in pandectas de agnosc., et alend. lib. num. 9 in medio.*
(3) *L. Sed etsi 25. §. Consuluit Senatus 11. ff de petit. heredit.* (5. 3.)
(4) *L. ult. cod. de revocand. donation.* (8. 56.)

§. 544.

Nec movet, quod tradit Hermogenianus, decurionibus civitatum facultatibus lapsis alimenta posse decerni, maxime si ob munificentiam in patriam patrimonium suum exhauserint (1); nam, praeterquamquod non dari debere, sed tantum permitti, docet jureconsultus, quod longe diversum est; caussa decernendi alimenta ex eo non repetitur, quod liberales erga patriam fuerint, sed potius, quod pro munere decurionatus patriae benemeriti sint; quamquam facilius ad decernenda alimenta deveniendum est, cum ob suam liberalitatem in patriam ad inopiam sunt redacti.

(1) *L. Decurionibus 8. ff. de decurion.* (50. 2.)

§. 545.

Verum conciliari utraque opinio potest, si dicamus, jure quidem stricto, et, ut loquuntur, jure actionis, peti alimenta non posse a donatario omnium bonorum; posse vero implorato judicis officio, qui aliquando alimenta decernet donatoris liberis, aequitate inspecta, quae hic potissimum attenditur (1).

(1) *L. Si quis a liberis 5. §. Utrum autem 2. in fine ff. hoc tit.*

§. 546.

De herede concors omnium sententia est, eum, defuncti filiis etiam naturalibus alimenta praestare, debere (1): et ita pluries judicasse Senatum, refert Thesaurus (2) quam obligationem protrahit ad filiae dotem, ad filium spurium, et incestuosum (3), atque ad eum casum, quo pater, alimenta peti a filio naturali, vel a spurio, prohibuisset; itaut nec pater, nec heredes excusentur, si filium in hospitale duxerint alendum, quem de suo sustentare tenentur: quod sane potiori ratione in matre obtinet (4).

(1) *D. l. 5. §. Item rescriptum 17*
(2) *Dec. 211. num. 1. †.*

(3) *Ita suadente aequitate, de qua Summus Pontifex in cap. Cum haberet* 5. *de eo, qui dux. in matrim., quamvis attento rigore juris communis spurio, atque incestuoso alimenta non debeantur, ne a patre quidem. Auth. Ex complexu cod. de incest., et inutil. nupt.* (5. 5.) ff. l. 25. tit. 3. Cod. l. 5. tit. 25.

(4) *Thes. de. dec.* 211. *num.* 2. 3. 6. *et* 7.

§. 547.

Si plures sint coheredes, an singuli in solidum alimenta praestare debeant, an vero pro hereditaria tantum portione, distinguendum est. Vel praestatio alimentorum ex praevia obligatione descendit, quae ex conventione orta sit: vel ex legis sanctione, aut aequitate. In prima specie, quum obligatio natura sua individua videatur (1), individua pariter in heredes transit.

(1) *Thes. quaest. forens. lib.* 2. *qu.* 67. *num.* 12.

§. 548.

In altera vero quilibet heres pro sua tantum hereditaria parte tenetur; nec enim aequitas, quae alimenta praestari decernit, alteri nocere debet, ut in solidum oneretur, qui solidam hereditatem non est consecutus. Quamquam fatendum, aliud a judice constitui posse, cum favor alimentarii, aliaque adjuncta ita suadent (1): puta si plures alimentarii sint, et coheredes alia etiam ratione, veluti consanguinitatis alimenta suppeditare teneantur (2).

(1) *Thes. quaest. forens. lib.* 2. *qu.* 67. *num.* 12., *et* 13.

(2) *Solent judices, ex caussa alimentorum, libertos dividere, quoties plures sunt heredes; ne a singulis heredibus minutatim alimenta petentes distribuantur: quam divisionem perinde tueri oportet, atque si paterfamilias ipse libertos divisisset. Solent et unum eligere, per quem alimenta praestentur, aut ex voluntate defuncti, aut arbitrio suo. L. Solent judices* 3. *ff. de alim., vel cibar. legat* (34. 1.)

§. 549.

Acriter hic disputant interpretes, an dato, quod actio personalis ad petenda alimenta quemlibet heredem pro hereditaria tantum parte adstringat, actio saltem realis, seu hypothecaria, quae communiter alimentario tribuitur (1), in solidum contra heredes singulos possit exerceri? Si bona ex praevia conventione, vel actione specialiter sint obligata, extra dubium est, reali actione heredes singulos teneri; quia posita hypotheca in arbitrio creditoris est; in solidum debitores convenire (2), ratione bonorum, quae cum onere suo in quemlibet successorem transeunt.

(1) *Thes. dec* 211. *num.* 10., *et d. quaest.* 67. *num.* 14., *et colligunt ex l.* 1. §. 1. *ff. de alim., vel cibar. legat.* (34. 1.), *et l. Cum fisco* 9. *ff. de senat. cons. Silaniano* (29. 5.), *l.* 5. §. 17. *ff. hoc tit.*

(2) *L.* 1., *et* 2. *cod. si unus ex plurib. hered.* (8. 32.)

§. 550

Si vero nullo speciali vinculo, sed generali tantum tacitae hypothecae, quae, alimentario competere, vulgo traditur (1), bona sint affecta; quamvis huic objici possit, quod hypothecaria actio pro rei possessae portione distribuatur, aeque ac personalis, ut in legatis contingit (2): quia tamen hypotheca natura sua individua est, et res omnes in solidum afficit, ideo et solidariam actionem alimentario tribuendam jure merito placuit (3).

(1) *Ex dictis legibus.*

(2) *L.* 1. *in fine cod. communia de legatis* (6. 43.).

(3) *Thes. d. quaest.* 67. *lib.* 2. *num.* 18. *in fine.* †

§. 551.

Sed quid juris, si duo sint heredes, quorum alter nudam proprietatem habeat, alter usumfructum omnium bonorum, cui potius incumbet alendi onus? Proprietario favet regula vulgo recepta, quod alimenta, quae ex aequitate, judicis officio debentur, ex

ff. l. 25. tit. 3. Cod. l. 5. tit. 25.

accessionibus, non ex proprietate, praestanda sint (1). Quamobrem, si usufructuario universali supersint reditus, ipse ante proprietarium cogendus est; qui interim omnium bonorum emolumentum habet. Si autem reditus omnes ad usufructuarii sustentationem fere necessarii sint, non dubium, quin judex ex aequitate, et pietatis officio decernere alienationem possit (2): quo fiet, ut et leve aliquod detrimentum patiatur usufructuarius: quod iniquum non est; cum illud fit, ne alter fame pereat.

(1) *L. Imperator* 50. *in fine ff. ad Trebell.* (36. 1.) *Aliud obtinet pro alimentis summo jure debitis; pro quibus etiam proprietas alienanda est. L. penult. ff. ut legatorum* (36. 4.), *l. Sed si is* 5. §. *An autem* 3. *ff. de carbon. edicto* (37. 10.)

(2) *Argum. dictarum legum.*

§. 552.

Ex his satis aperte colligitur, singularem successorem, sive titulo lucrativo rem consecutus sit, sive oneroso, actione personali conveniri non posse; quippequi defuncti personam non repraesentat (1). Quod vero ad realem, seu hypothecariam pertinet, nisi bona ejus, qui alere tenetur, jam essent specialiter, et expresse obligata, nulla aequitatis ratio patitur, ut illum huic oneri subjiciamus, nec ulla, vel tacita legibus tributa est hypotheca. Excipi tamen debet casus, quo in fraudem a parentibus, ab heredibus, vel aliis alere debentibus bona fuerint alienata (2); ne unius fraus alteri noceat.

(1) *L. ult.* §. *ult. ff. de contrahend. empt.* (18. 1.), *l. eum, cui* 13. *cod. de oblig., et action.* (4. 10.)

(2) *Thes. dec.* 211. *num.* 11.

§. 553.

Consentiunt omnes, fiscum, ad quem bona illius, qui alimenta debebat, fuerint devoluta, eadem obligatione adstringi (1), sicut et legata, fideicommissa, libertates praestat (2); neque enim alter ex alterius delicto poenam sustinere debet (3)

(1) *Et licet ad fiscum bona fuerint devoluta, ex quibus alimenta debeantur, praestanda sunt, sicuti si ad quemlibet successorem transissent. L. Si quis libertis* 2. *ff. de alim., vel cibar. legat.* (34. 1.)

(2) *L. Cum fisco* 9. *ff. de senat. consult. Silan.* (29. 5.), *l. Marcellus* 3. §. *Si is* 5. *in fine ff. ad sen. consult. Trebell.* (36. 1.), *l. In facto* 60. §. 1. *ff. de condition, et demonstrat.* (35. 1.)

(3) *L. Sancimus* 22. *cod. de poenis* (9. 47.)

§. 554.

Quae de parentum, et aliorum, qui imaginem parentum referunt, vel in eorum bona succedunt, munere diximus in liberis alendis, eadem etiam in filiis obtinent, quos natura ipsa jubet, ut, si bona habeant, vel ex arte, quam profitentur, et sibi, et parentibus, patri scilicet, matri, avo, proavo, tum paterno, tum materno vitae subsidia praestare possint, non tantum naturali, sed et civili jure devinciuntur, ut vitam iis servent, a quibus ipsi habuerunt (1); quibus idcirco non tantum amorem, reverentiam et obedientiam, sed et auxilium debent. Idem de nepotibus patrui favore sine dubio statuendum ob mutuam sanguinis conjunctionem; quae unice spectanda est in hac quaestione. (§. 519.)

(1) *D. l. Si quis a liberis* 5. §. *Utrum autem* 2., *et l. Non quemadmodum* 8. *ff. hoc. tit.*

§. 555.

Atque haec quidem naturalis filiorum obligatio parentes inopes alendi tanta existimatur; ut, si parentes in extrema, vel gravi necessitate constituti sint, religionem ingredi non possit filius; quamvis ad religiosam vitam amplectendam se voto obstrinxerit, ut communiter docent Theologi post S. Thomam (1); quia naturalis obligatio parentibus subveniendi fortior est, atque antiquior altera, quae ex voto descendit, quaeque ideo per

votum tolli non potuit. Ex quo merito inferunt, posse, et debere, filium religiosum a religione ad saeculum reverti, ut parentibus in eadem positis necessitate opituletur, cum haec officia adimplere nequit, si in religione commorari pergat (2). ff. l. 25. tit. 3. Cod. l. 5. tit. 25.

(1) 2. 2. *quaest.* 101. *art.* 4. *ad* 3., *et* 4.

(2) *S. Thomas* 2. 2. *quaest.* 201. *art.* 4.

§. 556.

Quae haetenus dicta sunt, conjugibus aptantur, inter quos humanorum omnium, imo et divinorum, ut jura loquuntur, perfecta, et omnimoda communio esse debet (1). Itaque tenetur maritus, alimenta praestare uxori, si ab eadem, vel ab ejus patre, aut a consanguineis dotem receperit (2): immo et ad alimenta tenebitur, si eam scienter duxerit indotatam (3); quia videtur sponte cessisse juri suo.

(1) *L.* 1. *ff. de ritu nupt.* (23. 2.), §. 1. *inst. de patr. potest.* (1. 9.)

(2) *L. Quae legatorum* 14. *ff. ut in possess. legat.* (36. 4.), *l. Si cum dotem* 22. §. *Sin autem* 8. *ff. solut. matrim.* (24. 3.)

(3) *Surd. de alim. tit.* 1. *quaest.* 38. *num.* 13.

§. 557.

Si vero dotem promissam maritus exigere non possit, etiam sine mulieris culpa, tum stricto jure cogi nequit vir ad alendam uxorem; cum enim dos ideo detur, ut ex fructibus maritus subsidium habeat, quo onera matrimonii ferat (1), dote non soluta aequum non est, ut viro onus imponatur, uxorem sustentandi. Quamquam aequitate inspecta conveniens est, ut pauperi, et innocenti uxori vir alimenta praestet; cum individua vitae societas exigat, ut fortuitorùm casuum alterutrius conjugis alter particeps sit (2).

(1) *L. Dotis* 7. *ff. de jur. dot.* (23. 3.), *l. Pro oneribus* 20. *cod. eod. tit.* (5. 12.)

(2) *Quid enim tam humanum est, quam fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri participem esse? D. l.* 22. §. *Si maritus* 7. *ff. solut. matrim.*

§. 558.

Sed quid, si mulier a viro divertat? Si injuria virum deserat, communis omnium sententia est, maritum posse, ei alimenta denegare, quae ob iniquam separationem ab ipsius obsequio, et consortio recedit (1): secus affirmandum, si ob justam caussam, puta ob nimiam mariti saevitiam, vel ne morbo contagioso afficiatur, ab eo discedat; neque enim aequitas patitur, ut poena sit, ubi culpa nulla est (2). Atque hinc jure definitum, pendente caussa divortii a viro suppeditanda esse mulieri alimenta (3). Quae de viro mulieris intuitu dicta sunt, eadem ad mulierem divitem favore inopis mariti extendenda allatae rationes demonstrant (4).

(1) *Argum. l. Si ea conditione* 3. *cod. de condit. insert.* (6. 46.) *Mulieri autem, quae sine justa caussa virum deserit, quamvis alimenta denegentur, vestes tamen indumentorum usui praecise necessariae praestandae sunt a marito; quia hae potius ad mulierem, quam ad virum pertinere existimantur: et cessat ratio sumptuum, quae in alimentis locum habere potest.*

(2) *L. Sancimus* 22. *cod. de poenis* (9. 47.), *cap. Sine culpa* 23. *extra de reg. jur. in* 6.

(3) *Thes. dec.* 130. *num.* 2. †

(4) *Utriusque enim conjugis par est in istis conditio. L.* 1. *ff. de ritu nuptiar.* (23. 2.)

§. 559.

Quod ad conjunctos caeteros pertinet, certum est, jure civili eis non esse impositum onus alimenta praestandi, exceptis fratribus, quin intersit, an legitimi sint, an naturales (1); si tamen ratio sanguinis, et naturalis pietatis inspiciantur, conveniens est, ut, qui divites sunt, consanguineos potius suos adjuvent, quam extraneos (2).

(1) *Novell.* 89. *cap. Discretis igitur* 12. §. *ultimo.*

ff. l. 25. tit. 3. Cod. l. 5 tit. 25. (2) *Proximos seminis tui ne despicias, si egere cognoscas; melius est enim ut ipse subvenias tuis, quibus pudor est ab aliis sumptum deposcere, aut alicui postulare subsidium necessitati. Cap. Est probanda* 16. *distinct.* 86.

§. 560.

De affinibus dissentiunt interpretes, an in eodem gradu ad alendum obligentur, quo consanguinei. Generum, et nurum a socero aliendos esse passim consentiunt; quia hi per affinitatem liberorum loco sunt. Vitricum vero, aut novercam ad privignos alendos non teneri, satis aperte constat; cum in jure statuatur, actione negotiorum gestorum repeti, quae in eos erogata sunt: nisi donandi animus fuerit (1) qui non praesumitur, sed plene probandus est (2).

(1) *Si paterno affectu privignas tuas aluisti . . . , ejus erogationis tibi nulla repetitio est. Quod si ut repetiturus ea, quae in sumptum misisti, aliquid erogasti: negotiorum gestorum tibi intentanda est actio. L. Si paterno* 15. *cod. de negot. gest.* (2. 19.)

(2) *L. Sive possidetis* 16. *cod. de probationibus* (4. 19.), *junct. l. Cum de indebito* 25. *ff. eod. tit.* (22. 3.), *et l. Filiusfamilias* 7. *ff. de donationib.* (39. 5.)

§. 561.

Perpendimus, quinam alere teneantur inspiciendum nunc, qui debeant ali. De filiis legitimis nulla esse dubitatio potest (§. 539.). De naturalibus certa quoque res est, et civili, et canonico jure (1). Quod et ad avum est protrahendum (2); potiori sane ratione, quam ad fratres, quos tamen naturalibus fratribus alimenta suppeditare debere Justinianus constituit (3). Hinc, cum dos in filia alimentorum locum obtineat, ei dotem dare, pater adstringitur, quamvis naturalis sit (4). Quod de patre, avo, et fratribus diximus, de heredibus quoque (5), caeterisque, quos supra retulimus, est affirmandum (6).

(1) *L.* 5. §. *Idem rescripsit* 6. *ff. hoc tit., cap. Cum haberet* 5. *in fine extra de eo, qui dux. in matrim.* (4. 7.), *Thes. dec.* 211. *num.* 1., *ubi et ait, ita pluries judicasse Senatum* †.

(2) *Thes. ibid. num.* 9., *Fab. cod. ne filius pro patre lib.* 4. *tit.* 9. *def.* 3. *num.* 4. *et seqq. in corpore, l.* 8. *ff. hoc tit.*

(3) *Si quis . . . . habens filios legitimos relinquat et naturales . . . . , pasci naturales a l gitimis sancimus, ut decet eos secundum substantiae mensuram a bono viro arbitratam. Novell.* 89. *cap. Discretis igitur* 12. §. *ultimo.*

(4) *D. l.* 5. §. 5. *ff. hoc tit., Thes. d. dec.* 211. *num.* 1., *Fab. d. def.* 3.

(5) *Thes. d. dec.* 211. *num.* 1. †

(6) *Ubi enim aequalis est ratio, idem jus statui debet.* §. 20., *et seqq. D.*

§. 562.

Quoad spurios, civili jure inspecto, certum est, nulla eis, ne a patre quidem, deberi alimenta (1). Sed canonicae leges, aequitate potius attenta, quae suadet, ut alimenta ad vitae conservationem suppeditet, qui vitam dedit; quamvis per crimen, cujus proles conscia non est, etiam his decernenda ex patris substantia alimenta constituit (2): quod in foro receptum est (3).

(1) *Auth. Ex complexu cod. de incest. nupt.* (5. 5.), *l.* 8. *auth. Licet patri cod. de naturalib. lib.* (5. 27.)

(2) *Sollicitudinis tamen tuae intererit, ut uterque parentum liberis suis, secundum quod eis suppetunt facultates, necessaria subministret. D. cap.* 5. *extra de eo, qui duxit etc.* (4. 7.)

(3) *Thes. d. dec.* 211. *num.* 2. †, *Fab. d. def.* 3. *cod. lib.* 4. *tit.* 9.

§. 563.

Eadem imminet patri obligatio erga filium emancipatum; onus enim alimenta suppeditandi non innititur patriae potestati, ut vel ex iis colligi potest, quae de patruo, fratre, herede, ascendentibus materni, et matre ipsa diximus; sed juri sanguinis, aequitatis, et naturalis pietatis (1); quae jura nec per emancipationem, nec per aliam juris

fietionem tolli possunt (2). Ex quo certa ratiocinatione colligitur, adoptivis etiam; quamvis ascendenti paterno, vel materno dati sint in adoptionem, in subsidium a patre naturali, aliisque personis supra enumeratis constituenda esse alimenta: idemque de filia viro pauperi nupta, quae aliunde non habeat, unde se possit exhibere. ff. l. 25. tit. 3. Cod. l. 5. tit. 25.

(1) *Et magis puto, etiamsi non sint liberi in potestate, alendos a parentibus: et vice mutua alere parentes debere. L. Si quis a liberis* 5. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Jura sanguinis* 8. *ff. de reg. jur.*, §. *At hi* 10. *et* §. 11. *instit. de heredit., quae ab intestat. defer.* (3. 1.)

§. 564.

Hinc etiam plures inferunt, filio cujuscumque sceleris conscio danda esse a patre alimenta, quamvis propria culpa ad inopiam redactus sit; imo quamvis male consumpserit, quae alimentorum caussa jam ipsi tradiderat pater, etsi maxime ingratus sit filius (1); quia omnia haec tollere nequeunt sanguinis conjunctionem, et naturalem commiserationem, ex qua descendit alimentorum obligatio: nec fame perire debet, qui haec perpetravit, aut penitus subsidiis vitae destitui a consanguineis, ne ipsum necare videantur (2); sicuti enim pater, eleganter Justinianus, licet legum contemptor, et impius sit, pater tamen adhuc est (3); ita nec impius filius, filius esse desinit: atque plerumque sibi imputare debet pater, quod substantiam perdituro, et prodigo dederit.

(1) *Surd. de aliment. tit.* 7. *quaest.* 5. *num.* 8. *et seqq.*

(2) *L. Necare videtur* 4. *ff. hoc tit.*

(3) *Novell.* 12. *cap. Si vero* 2. *in fine.*

§. 565.

Fatendum tamen, in his casibus durius agi posse contra alimenta patentem; nec ei constituenda essa alimenta juxta omnimodam decentiam status, sed sufficere, si juxta naturae necessitatem praestentur; itaut utrumque malum evitetur, et sontis interitus, et ejusdem in crimine pertinacia: quod prudens judex, inspectis singulis adjunctis personarum, criminis, doli, ad congruam normam exiget; quin et ei denegari alimenta poterunt etiam juxta naturae necessitatem, si pertinax perduellis sit contra Deum, vel patriam; quia Dei, et patriae amor praevalere debet charitati filiorum; nam utrisque amplius debemus, quam ipsismet parentibus (1).

(1) *L. Liberorum* 11. §. *Non solent* 3. *ff. de his, qui not. infamia* (3. 2.), *l. Minime majores* 35. *ff. de relig., et sumpt. fun.* (11. 7.)

§. 566.

Quod de patris munere diximus, ut congrua filio suppeditet alimenta, etiam ad ejus uxorum, et liberos est petendendum; cum enim rescriptum sit, patrem filio, non alimenta tantum, sed et subsidia, quibus quaecumque onera ferat, praestare debere (1): maximum autem onus sit uxor, et familia, aequum omnino est, ut pater in his filio prospiciat (2). Praeterae, si avus nepti dotem dare debet propter patrem; quia pater filiae praestare teneretur (3), potiori ratione alimenta suppeditabit, quarum caussa longe favorabilior est; cum necare videatur, qui ea denegat (4).

(1) *Non tantum alimenta, verum etiam caetera quoque onera liberorum patrem ab judice cogi praebere, rescriptis continetur. D. l.* 5. §. 12. *ff. hoc tit.*

(2) *Thes. dec.* 211. *num* 12.

(3) *L. Dotem, quam* 6. *ff. de collatione* (37. 6.).

(4) *L. Necare videtur* 4. *ff. hoc tit.*

§. 567.

Quin et regulam hanc locum habere vulgo traditur, cum filius indignam (1), vel indotatam uxorem duxit, patre ipso dissentiente, et invito, si filius aliunde non habeat, quo se ipsum, et uxorem alat (2): nec enim eximitur pater ab obligatione alimentorum ipsius filii, quamvis contra ipsius voluntatem matrimonium contraxerit; cum jus san-

ff. l. 25. tit. 3. Cod. l. 5. tit. 25. guinis, et naturalis pietatis, quod hujus obligationis fundamentum est, nulla ratione tolli possit (3).

(1) *Durius tamen contra utrumque agere potest in hoc casu pater.* §. 565.

(2) *Surdus de alim. tit. 1. quaest.* 38. *num.* 15.

(3) *D. L. Jura sanguinis* 8. *ff. de reg. jur.*, (50. 17.) §. 10. *et* 11. *instit. de hered., quae ab intest. deferuntur* (3. 1.).

§. 568.

Si autem quaeratur, utrum pater, puellae a filio sub spe matrimonii corruptae alimenta praestare, debeat, regulariter respondemus deneganda esse; quia in jure quidem statuitur, ut dos a viro detur (1): nullibi autem cautum, ut alimenta praebeantur (2); nisi tamen specialia occurrant adjuncta, quae judicem ex aequitate movere possint ad decernenda alimenta virgini (3).

(1) *Si seduxerit quis virginem nondum desponsatam . . . , dotabit eam, et habebit uxorem. Si vero pater virginis dare noluerit, reddet pecuniam juxta modum dotis, quam virgines accipere consueverunt. Cap.* 1. *extra de adulter. et stupro* (5. 16.), *Osasc. dec.* 107. *num. ult., Thes. dec.* 3. *num.* 3. ✝

(2) *Fab. cod. Ne filius pro patre lib.* 4. *tit* 9. *def.* 3.

(3) *Sane dubium non est, quin pater filio ex hoc crimine nato alimenta in subsidium debeat* (§. 566.); *quia et ipsius nepos est, et filii onus. Matri autem regulariter quidem alimenta non debet, nisi tribus prioribus annis, quibus partum alit, si aliunde ipsa non habeat, quo se sustentet: deinde vero dumtaxat in filii subsidium teneri potest: sed haec maxime ex adjunctis pendent, puta conditionis puellae, et adolescentis, modi, quo scelus fuit perpetratum: adeoque judex nonnisi rebus omnibus mature pensatis in his statuere debet; maxime quia quaestio haec, ut saepius diximus, ex aequitate potius definiri debet, quam stricto jure.*

§. 569.

Quoad infantes expositos, ut obiter dicamus, regula est vulgo recepta, eos in hospitalibus alendos esse, si aliquod sit in loco. Si autem nullum sit hospitale, a rectore ecclesiae, qui tamen sufficientes reditus habeat, ali debent: alioquin pro rata facultatum concurrunt rector ecclesiae, vassallus, vel Princeps, et communitas (1). An autem, et qua poena coercendi sint, distinguendum est, utrum ex necessitate exponantur, an citra necessitatem quidem, sed infamiae gravis metu: an vero ex iniqua, vel levi alia ratione. Tum in utroque casu rursus distinguendum, an in loco exponantur infantes, quo facile futurum sit, ut suscipiantur et alantur, vel in loco deserto. Si ex necessitate exponantur, vel gravi metu infamiae, communis est interpretum opinio, parentes a culpa, adeoque a poena immunes esse: modo iis in locis exponant, ubi certum est, fore, ut subsidia vitae sint habituri. Quod si alia ducti ratione, filiorum suorum curam detrectantes, aliis ita mea committant, nemini dubium, quin gravi poenae subjiciendi sint, quae usque ad mortem extendi possit; si iis in locis exponant, ubi vix spes sit, futurum, ut ab aliis alendi suscipiantur; cum necare dicantur, qui propriam prolem ita contemnunt (2): unde et statutum, ut patria potestate priventur parentes (3), et dominica, qui servos exponunt (4).

(1) *Thes. decis.* 118. *num.* 4. ✝

(2) *Necare videtur non tantum is, qui partum perfocat, sed et is, qui abjicit, et qui alimonia denegat, et is, qui publicis locis misericordiae caussa exponit, quam ipse non habet. L. Necare* 4. *ff. hoc tit., Novell.* 153. *Senatus matres, quae infantes suos exponunt, gravius, vel levius plectit pro diversitate loci, et temporis, quo exponuntur: vel banno, catenae infamis poena, fustigatione. Thes. dec.* 118. *in addit. V. R. Const. l.* 4. *tit.* 34. *cap.* 4. §. 4.

(3) *L. Unusquisque* 2. *cod. de infant. expositis.* (8. 52.)

(4) *D. l.* 2., *et l. ult. cod. eod. tit., ubi inhumanitatis, et crudelitatis rei dicuntur exponentes, quae tanto quovis homicidio pejor est, quanto miserioribus eam inferunt.* ff. l. 25. tit. 3. Cod. l. 5. tit. 25.

§. 570.

An parentes restituere teneantur hospitalibus, vel aliis piis locis, ubi ex eleemosynis, vel reipublicae impensis aluntur infantes expositi, distinctione opus est. Cum vere inopes sunt, qui exponunt liberos, nullo restitutionis onere gravari eos decet; quamvis forte postea meliorem sortiantur fortunam; quia mens fundatorum, vel reipublicae ea est, ut pauperes gratuito sustententur. Aliud contraria ratione affirmandum, si parentes non egeant; quin et duplicis criminis rei fient, si impensas non restituant; injustitiae nimirum erga pia loca, dum contra fundatorum, vel reipublicae mentem, quae pauperibus tantum prospicere vult, in usum divitum bona convertunt: et iniqui gravaminis erga alios vere pauperes, qui forte necessariis subsidiis privantur.

§. 571.

Demum praestanda sunt alimenta lite pendente ei, qui agit ad bona, quae sua esse contendit, ut et sumptus litis, si ille aliunde non habeat, quo se sustentet (1); quamvis agens nullam pro se habeat sententiam, nec caussa agatur in judicio appellationis, sed in prima instantia, dummodo aliquam praesumptionem pro se habeat (2). Atque eadem caussa est heredis, qui inventarii beneficium imploravit, si aliunde nihil habeat. Quin non tantum ipsi, sed et aliis, qui a defuncto alimenta petere poterant vel actionis remedio, vel implorato judicis officio, dum conficitur inventarium, alimentorum quantitas praestanda est, quam Magistratus scite definierit (3).

(1) *L. ult. cod. de ordine cognitionum.* (7. 19.)

(2) *Quia semper eadem viget necessitatis, et commiserationis ratio.*

(3) *Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 8. §. 8.

§. 572.

Inquirendum superest, quis ordo servandus sit in alimentorum praestatione, quae eorum quantitas esse debeat, quo juris remedio petantur; demum quibus in casibus cesset alimentorum praestandorum necessitas. Hic autem constituendus juxta leges est ordo, ut primo loco, excepto primo triennio, teneatur pater, veluti totius familiae caput. Si inops sit pater, onus hoc devolvitur ad avum, caeterosque ascendentes paternos; his deficientibus redit ad matrem, quae si inops fuerit, huic oneri subjicientur ascendentes materni (1).

(1) *L. Si quis a liberis* 5. §. *Utrum autem* 2., *l. Non quemadmodum* 8 *ff. hoc tit., Auth. Si pater cod. divortio facto* (5. 24.). *Cum dicimus patrem primo loco teneri, eum ponimus emancipatum, vel avum fato functum esse; alioquin avus tum filium, tum nepotes alere debet* (§. 566.). *Cum vero addimus, deficiente patre onus alimentorum devolvi ad avum paternum, patrem quoque extra avi potestatem constitutum fingimus.*

§. 573.

Dissentiunt interpretes, utrum patre deficiente primo loco mater teneatur, an vero avus paternus, caeterique paterni ascendentes. Matrem primo loco adstringendam probare videtur gradus, et intima atque omnium maxima naturae conjunctio. Contra potius avo paterno hoc onus injungendum ea ratione videtur, quod nepos sub ejus potestate sit, atque in familia, cujus ipse caput est: demum, quod vivente patre avus non solum filium, sed et nepotes etiam naturales alere teneatur (§. 566. et seqq.); quam obligationem filii morte dissolvi, nulla suadet ratio. Postremae huic sententiae in foro inhaeretur (1), quamquam, cum de alimentis quaestio a judicis arbitrio multum pendeat (2), inspectis facultatibus eorum, qui ad alendum obligari possunt, aliisque adjunctis, tum ipsorum, tum et alimentariorum, aliter definiri potest, si aliter suadeant peculiares circumstantiae: veluti si dives sit mater, inopia vero avus prematur.

ff. l. 25. tit. 3. Cod. l. 5. tit. 25.

(1) *Neque objici potest Justinianus in Novell.* 117. *cap. Illud quoque* 7., *unde desumpta. Auth. Si pater cod. divortio facto* (§. 539.) *; quasi videatur Imperator praescribere, ut ordo conjunctionis servetur; nam ipse tantum definit speciem, qua divortium virum inter, et uxorem factum fuerit, per quod nepotes extra familiam, et potestatem avi constituuntur: praeterquamquod singularem hunc casum nullatenus expendit.*

(2) *D. l.* 5. §. 2. *ff. hoc tit.*

§. 574.

Quoad descendentes respectu ascendentium, eundem fere ordinem servandum esse, charitatis ordo demonstrat. Quare primo alendus est pater, tum mater: post matrem avus; quia magis debet filius matri, quam avo. Post ascendentes paternos succedunt materni.

§. 575.

Deficientibus tum paternis, tum maternis ascendentibus, primo loco tenetur frater, tum patruus, deinde consanguinei; ita tamen ut agnati ante cognatos teneantur, maxime si agnati in successione primum locum teneant; demum affines. Quod si ascendentium, vel descendentium successores universales aliqui sint, veluti heredes, fiscus, donatarius omnium bonorum, hos ante collaterales adstringi, aequitas suadere videtur. Fatendum tamen ordinem hunc, quamvis naturali aequitati innixum, mutatis adjunctis etiam immutandum esse: quod prudens judex definiet, inspectis qualitate, facultatibus, conditione tum alimentarii, tum eorum, quibus alendi onus incumbit.

§. 576.

Quod pertinet ad alimentorum quantitatem, tenenda est in primis communis doctorum regula a jure civili desumpta, eam tantum praestandam esse, quam alimentarii necessitas exigit (1), et quam alere tenentis facultates, et necessitates patiuntur (2); prima enim charitas, ut fert vetus adagium, incipit a se ipso (3); nec enim necessariis vitae alimentis carere debet, ut ea alteri suppeditet (4).

(1) *L. Si quis a liberis* 5. §. *Sed si filius* 7. *ff. hoc tit.*, *Thes. dec.* 211. *num.* 16. †

(2) *D. l.* 5. §. *De alimentis* 25., *l. Competens judex* 2. *cod. hoc. tit.* , *Thes. d. decis.* 211. *num.* 23.

(3) *L. Praeses provinciae* 6. *cod. de servitutibus* (3. 34.).

(4) *Excipiendus tamen esset casus, quo alimentorum debitor vellet nimis laute, et prodigaliter vivere. Thes. d. dec.* 211. *num.* 23. *in fine.*

§. 577.

Si congruae suppetant facultates, praestanda sunt alimenta filiis a parentibus secundum conditionem, et decentiam status (1): ita tamen ut non sola attendi debeat facultatum copia, atque dignitas personarum, sed etiam aetas alimentarii, ejusque valetudo (2), insuper et consuetudo, et pretium cibariorum (3); cum certum sit, eandem quantitatem, quae, in una regione sufficere convenienter potest, in altera, ubi majori splendore vivunt ejusdem conditionis personae, vel majori pretio veneunt cibaria, nequiquam satis esse. Quare non aliter, constituere pro aequitate, judex potest, quam si prius omnia haec adjuncta perpenderit (4).

(1) *L. Tutor* 13. *ff. de administration. tutor.* (26. 7.), *l. Jus alimentorum* 3. *ff. ubi pupil. educari debeat* (27. 2.), *l. Cum alimenta* 22. *ff. de alim.*, *vel cib. leg.* (34. 1.), *l. Si cui* 14. *ff. de annuis legatis.* (33. 1.)

(2) *L. Cum unus* 10. §. *ult.*, *l. Alimenta* 16. §. 2. *ff. de alim.*, *vel cib. legat.*

(3) *In hac enim quaestione non tantum necessitatis ratio habetur, sed etiam decentiae status.*

(4) *D. l.* 3. *ff. ubi pupil. educ. deb.*, *l. Officio judicis* 2. *ff. eod. tit.*, *l. Quod plerumque* 2. *cod. de alim. pup. praestandis* (5. 50.).

ff. l. 25. tit. 3. Cod l. 5. tit. 25.

§. 578.

Haec autem alimentorum taxa perpetua, et immutabilis non est. Si ergo augeantur alterutrius facultates, augeri etiam ea poterit: si minuantur, minui (1). Idem constituendum, si augeantur, vel minuantur onera, sive illius, qui alimenta praestat (2), sive illius, cui praestantur.

(1) *Et si forte post decreta alimenta ad egestatem fuerit pupillus perductus, deminui debent, quae decreta sunt, quemadmodum solent augeri, si quid patrimonio accesserit. D. l.* 3. §. *ult. ff. ubi pupil. educ. deb.* (27. 2.)

(2) *Ex his enim major, vel minor quantitas decerni debet.* §. 576.

§. 579.

Ad alimenta, de quibus hic agimus, compelli non potest debitor actionis remedio; haec quippe locum tantum habet in iis, quae ex contractu, vel testamento descendunt, non quae pietatis officio innituntur; sed extraordinario, implorato videlicet judicis munere, ut summarie (1) cognoscat, et decernat. Quod et cognatis, atque propinquis permittitur, si ille, qui alendus est, impubes sit (2). Quod si quis, alere, detrectet, pro modo a judice statuto, pignoribus captis, et distractis cogetur, senteutiae satisfacere (3).

(1) *L. Si quis a liberis* 5. *princ.*, *et* §. *Utrum autem* 2., *et* §. 7. *ff. hoc tit.*, *l. ult. cod. eod. tit.*

(2) *L. Qui filium* 4. *ff. ubi pupil. educ. debeat* (27. 2.).

(3) *D. l.* 5. §. *Si quis* 10. *ff. hoc tit.*

§. 580.

Quinimo tantus est alimentorum favor, ut in foro communiter receptum sit, hypothecam pro alimentis competere (1), quae quidem tacite sit a legibus inducta (2). Unde fit, ut rei donatae alimentorum percipiendorum caussa dominium transferre donatarius non possit (3).

(1) *Thes. quaest. forens. lib.* 2. *qu.* 67. *num.* 14. †, *et dec.* 211. *num.* 10.

(2) *L. Si quis libertis* 2. §. 1. *ff. de alim*, *vel cibar. legat.* (34. 1.), *l. In facto* 60. §. 1. *ff. de condit.*, *et demonstr.* (35. 1.), *l.* 5. §. *Item rescriptum* 17. *ff. hoc tit. V. supra* §. 550.

(3) *L.* 1. *cod. de donat.*, *quae sub modo* (8. 55.), *Osasc. dec.* 85. *num.* 10.

§. 581.

Quibus in casibus cesset alendi obligatio, maxime respectu parentum, ex quibus colligi poterit proportione habita, quid sentiendum sit de aliis, nunc est inquirendum. Cessat 1. Alimentorum obligatio, cum filius aliunde habet, quo suae sustentationi prospiciat (1) juxta decentiam sui status; neque enim aequitas patitur, ut artem indecoram vir nobilis exerceat, vel eam, cui impar sit (2): ratio est, quia alimenta tantum praestatur propter necessitatem (3).

(1) *Sed si filius possit se exhibere, aestimare judices debent, ne non debeant, ei alimenta decernere. D. l* 5. §. 7. *ff. hoc tit.*

(2) *Thes. dec.* 211. *in additionibus littera* B.

(3) *D. l.* 5. §. *Utrum autem* 2. *in fine ff. hoc tit.*

§. 582.

Hinc pater eximitur ab obligatione restituendi alimenta praeterita, quae filius habuit titulo lucrativo: secus affirmandum, si filius debita contraxerit, ut se aleret; quia tunc necessitas alimentorum perseverat in debito contracto, quod illis substitutum est (1). Atque hoc sensu intelligendum, quod generaliter traditur, alimenta, quae ex aequitate, et officio judicis, non actionis jure, praestantur, tantum a die motae litis deberi.

(1) *Thes. d. dec.* 211. *num.* 15. *et* 19.

§. 583.

Cessat 2. alimentorum obligatio, si filius sine justa caussa nolit cum patre habitare;

ff. l. 25 tit. 3. Cod. l. 5. tit. 25. ratio est, quia pater non secus alere filium debet, quam si indigeat, et filius debita ipsi praestet obsequia (1). Dixi sine justa caussa; si enim filius omnino cohabitare congrue non possit cum patre, ab onere alimentorum pater non excusabitur. Caussae autem a judice cognoscendae, et probandae sunt.

(1) *Argum. l. Si ea conditione* 3. *cod. de condition. insert.* (6. 46.)

§. 584.

3. Eximitur ab alendi obligatione, qui ita tenuis fortunae est ut vix se ipsum sustentare possit (1); prima enim charitas incipit a se ipso (2). Cavendum tamen, ne prodigalitas cum necessitate confundatur (3), ut saepe fieri solet.

(1) *Non tantum juxta necessitatem naturae, sed inspecta decentia status: quamquam ex hac aliquid detrahi debet, ut alteri subveniatur in eo, quod naturae necessitas exigit.*

(2) *D. l.* 5. §. *ult. ff. l.* 2. *cod. hoc tit.*

(3) *Thes. d. decis.* 211. *num.* 23. *V.* §. 576. *et seq.*

§. 585.

4. Repellitur a jure alimentorum filius, qui talis ingratitudinis reus sit, ob quam exheredari a patre possit (1); indignus enim paternae pietatis officio est, qui patri atrocem infert injuriam. Quamquam, si criminis filium poeniteat, patrem ad alimenta inducendum existimarem ne fame filius pereat (2): imo et hic, ubi res ex aequitate dijudicatur, et ex sanguinis conjunctione, atque pietatis officio, maxime praecavendum, ne crimen nimio rigore augeatur. Quare merito traditum, filios alere teneri matrem, quae ob adulterium dote privata est (3); atque filiam contra voluntatem patris nubentem ab eo adhuc ex aequitate alimenta consequi (4): quae tamen in subsidium tantum petere potest, quia vir inopia laboret, cum filia ante vigesimumquintum annum invito patre nupsit (5).

(1) *Trebatio denique Marino rescriptum est, merito patrem eum nolle alere, quod eum detulerat. D. l.* 5. §. *Idem judex* 11. *ff. hoc tit.*

(2) *Argum. l. Necare videtur* 4. *ff. eod. tit. V. supra* §. 564.

(3) *Osasc. decis.* 124.

(4) *Thes. quaest. forens. lib.* 1. *qu.* 70. *num.* 12.

(5) *Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 3. §. 8. *et* 9.

§. 586.

Sed quid dicendum, si ille, a quo petuntur alimenta, neget se patrem esse, aut talem, qui ea praestare teneatur? Judex in primis, de hac re summarie cognoscere, debet: atque, si constiterit de conditione personae, quamvis non omnino, in dubio alimenta decernet (1). Ex decreto tamen alimentorum pronunciatio filiationis erui non semper potest; cum faciliores esse debeant judices in decernendis alimentis (2), quam in illa, in qua leviores probationes sufficere diximus, quia difficilis, et pene impossibilis probationis filiatio est (3). Quare sufficit, aliquem in quasi possessione filiationis esse ad hoc, ut alimenta consequatur (4).

(1) *D. l.* 5. §. *Si vel parens* 8. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 5. §. *Meminisse* 9., *juncta l. Necare* 4. *ff. hoc tit. V.* §. 460.

(3) *L. Lucius Titius* 83. *ff. de condit. et demonstrat.* (35. 1.) *V.* §. 48.

(4) *Argum. l. ult. cod. de ord. cognit.* (7. 19.)

§. 587.

Duo hic animadvertenda supersunt. Primum est, leviores sufficere probationes, cum de alimentis praestitis quaeritur; quia praestatio alimentorum difficilis est probationis; utpote quia actus alendi ad propriam mensam paucis possit probabiliter innotescere; cum fiat in domo, tempore, quo omnes extranei excluduntur, et saepius clausis foribus ipsius domus (1). Quare, si assistat aliqua probatio, licet non omnino perfecta, locus fit jurijurando suppletivo (2).

(1) *Surd. de aliment. lib.* 6. *quaest.* 23. *num.* 27. *et* 28.

(2) *Ut in caeteris fieri debere passim in foro recipitur ex l. In bonae fidei* 3. *cod. de reb. credit., et jurejurando.* (4. 1.)

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 1. Cod. l. 5. tit. 1.

§. 588.

Alterum est, alimenta non praesumi donata, nisi donationis validae assistant conjecturae; quia donare est perdere, nemo autem praesumitur, velle jactare res suas (1). Inter conjectationes vix referri potest, quod quis longo post alimenta praestita tempore eadem petat (2); quia dilatio haec alio consilio fieri potuit. Donationem suadere poterunt alimenta praebentis affectio, necessitudo, egregia quantitas patrimonii, necessitas alimentarii. Contraria autem adjuncta contrarium demonstrabunt.

(1) *L. Sive possidetis* 16. *cod. de probat.* (4. 19.), *l. Cum de indebito* 25. *princ. ff. eod. tit.* (22. 5.), *l. Filiusfamilias* 7. *princ. ff. de donat.* (39. 5.)

(2) *Potissimum si nulla praeter hoc donationis indicia suppetant.*

§. 589.

Explicatis iis, quae ad patriam potestatem pertinent, ejusdem effectus, parentum, et liberorum praecipua onera, Justiniani exemplo inquirendum est, quomodo patria potestas acquiratur. Tres sunt modi acquirendi patriae potestatis. Justae nuptiae, legitimatio, et adoptio. De quibus hoc ordine agemus. Sed quia sponsalia sunt veluti via ad matrimonium, ratio postulat, ut prius de iis dicamus.

TITULUS VIII.

De sponsalibus.

Instit. lib. 1. tit. 10. *De nuptiis.*
Digest. lib. 23. tit. 1. *De sponsalibus.*
Cod. lib. 5. tit. 1. *De sponsalib. etc.*

SUMMARIUM.

Rerum tractandarum series. Jus canonicum a civili in hoc argumento sejungere non licet. Quare? §. 590.

§. 590.

Ad quinque capita revocari possunt, quae de sponsalibus tradenda sunt. 1. Quid sint sponsalia, et quae ad eorum vim intrinsece requirantur (1). 2. Qui sint capaces sponsalium. 3. Quomodo contrahi possint. 4. Quis sit sponsalium effectus. 5. Demum quomodo dissolvantur. In his autem quaestionibus jus canonicum a civili sejungere non licet: postquam singulari Dei beneficio matrimonii vinculo sacramenti dignitas accessit. Ea ergo praecipue explicabimus, quae civili jure continentur, sed nec omittemus divini, et canonici juris praecepta, quibus civilia jura innituntur in iis dirimendis; neque enim fas est homini christiano alterum ab altero secernere, in iis praesertim, quae ab utroque simul diriguntur.

(1) *Intrinsece dicimus, ut indicemus, quasdam esse extrinsecas conditiones a jure inductas, de quibus suo loco pertractabimus.*

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 1. Cod. l. 5. tit. 1.

CAPUT I.

Quid sint sponsalia, et quae ad eorum vim intrinsece requirantur.

SUMMARIA.

Unde dicta sponsalia? Sponsi nomen, et sponsae. §. 591.

Triplex est hujus nominis significatio. Quatenus futuri matrimonii promissionem demonstrant, sunt deliberata, et mutua futuri matrimonii promissio §. 592.

Explicatur definitio. §. 593.

Quis error, vel metus sponsalia infringat? Nulla sunt sponsalia, si unus ficte tantum consentiat. §. 594.

In foro tamen externo cogitur ad ea implenda. §. 595.

Metus gravis est, vel levis: gravis absolute, vel relative: vel juste, vel injuste incutitur: vel ab intrinseco, vel ab extrinseco. His addi potest metus reverentialis. §. 596.

Metus levis non infringit sponsalia. §. 597.

Idem est de metu gravi juste incusso, vel a caussa intrinseca. §. 598.

Metus gravis injuste incussus ab homine irritat sponsalia. §. 599.

Metus reverentialis regulariter non obest sponsalibus. §. 600.

Nulla sunt sponsalia ex gravi metu, quamvis jurejurando firmata, quin opus sit dispensatione. Quae de metu diximus, ad vim quoque pertinent. §. 601. *et* 602.

Error quadruplex: personae, fortunae, conditionis, et qualitatis. Error personae irritat sponsalia, et matrimonium; non caeteri: nisi in conditione libertatis error intervenerit. §. 603.

§. 591.

Sponsalia a spondendo, seu promittendo dicta sunt (1); quippe veteribus mos erat, veluti fere apud nos, ut, qui vellet uxorem ducere, puellam peteret ab illis, sub quorum cura erat, parentibus nempe, vel tutoribus, solemnibus quidem olim verbis (2); quemadmodum et in stipulatione, demum quibuscumque (3): et vicissim promissa puella se eidem conjugio juncturam promitteret: unde sponsi, seu promissi, et sponsae, seu promissae nomen derivatum est (4): puellam promittentes dicti sunt sponsores, et dies hujusce promissionis sponsalis est appellatus.

(1) *L.* 1. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Sponsalia* 2. *ff. eod. tit.*

(3) *L. Sufficit* 4. §. 1., *l. ult. ff. eod. tit.*

(4) *L. Unde* 3. *ff. eod. tit.*

§. 592.

Triplex esse potest hujus vocis significatio. 1. Aliquando sumitur pro ipsi arrhis, quae ad magis firmanda sponsalia dantur: quibus tamen magis propric *sponsalitiorum* nomen aptatur (1). 2. Accipi etiam potest ad significandum ipsum matrimonium ratum: quo sensu in jure distingnuntur sponsalia de praesenti a sponsalibus de futuro (2). Tertia demum significatione futuri matrimonii promissionem demonstrant; et in hac definiuntur a Florentino: *mentio, et repromissio futurarum nuptiarum* (3); quibus verbis mutuam futuri inter sponsum, et sponsam matrimonii promissio indicatur: aptius vero ab aliis definiuntur: *deliberata et mutua futuri matrimonii promissio.*

(1) *L.* 1. *cod. si nupt. ex rescrip. petantur.* (5. 8.)

(2) *Cap. Sicut ex litteris* 22., *cap. Si inter virum* 31. *extra de sponsalibus.* (4. 1.)

(3) *D. l.* 1. *ff. hoc tit.*

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 1. Cod l. 5. tit. 1.

§. 593.

Dicuntur *deliberata* promissio, ut ostendatur, promissionem, quae per ignorantiam, errorem, vim, vel gravem metum fieret; ad sponsalia constituenda prodesse non posse; si enim caeteri contractus ex his caussis irritari decretum est (1), potiori ratione nulla erunt sponsalia, in quibus de re longe gravioris momenti agitur, et maxima libertas exigitur (2). *Mutua* promissio in sponsalibus inest; sine qua nulla oriri posset obligatio; ea enim natura est omnium contractuum, qui utrumque contrahentem adstringunt, ut perfectus non judicetur, nisi uterque ex parte sua eum adimplere promittat. Demum postrema verba demonstrant, contractum hunc ex sui natura, et contrahentium voto ad matrimonium referri.

(1) *Tit. ff., et cod. de dolo malo: de doli mali, et met. except., et de his, quae vi, metusve caussa gesta sunt.*

(2) *L. Furor* 8., *l. Sponsalia* 11., *l. Oratio* 16. *ff. hoc tit., cap. Veniens* 15., *cap. Consultationi tuae* 28. *extra eod. tit.* (4. 1.)

§. 594.

Sed hic statim plures se se offerunt quaestiones, ut cognoscatur, quinam metus, error, vel consensus defectus sponsaliorum vim infringat. Quaeritur in primis, an subsistant sponsalia in ea specie, qua unus ficte tantum consenserit, itaut consensum interius denegaverit, quem exterius praestare, verbis, vel signis demonstrabat. Sane, cum obligatio oriri non possit, nisi animus se obligandi intervenerit (1), eo deficiente, quamvis adfuisse videatur, corruere sponsalia debent (2), ut et nuptiae (3).

(1) *Non satis autem est, dantis esse nummos, et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari, et accipi, ut obligatio constituatur. L. Obligationum substantia* 3. §. 1. *ff. de obligat. et action.* (44. 7.), *cap. unico de sponsalibus in* 6. (4. 1.)

(2) *Cap. Tua nos* 26. *extra de sponsalib.* (4. 1.)

(3) *Simulatae nuptiae nullius momenti sunt. L. Simulatae* 30. *ff. de ritu nupt.* (23. 2.)

§. 595.

Verum, *quia nemo dixisse existimatur, quod non mente agitaverit*, ut eleganter ait Labeo (1), et indignum nimis est, ut proprio testimonio resistens quis audiatur, atque infirmare volens, quod prius dilucide protestatus est (2); idcirco promissionem suam adimplere cogitur in foro externo; ne ex dolo, et malitia sua lucrum referat, simulque via fraudibus aperiatur. Vere ergo consentiat, qui fingendo alterum decepit.

(1) *In L. Labeo* 7. §. *Servius fatetur* 2. *ff. de supell. legata.* (33. 10.)

(2) *L. Generaliter* 13. *cod. de non numer. pecun.* (4. 30.)

§. 596.

Quod ad metum pertinet, distinguendum est, an metus levis sit, an gravis; an ab intrinseca caussa, an ab extrinseca producatur: si ab extrinseca, an juste, an injuste incussus fuerit. Metus, ut obiter dicamus, est instantis, vel futuri periculi caussa, mentis trepidatio, seu perturbatio (1). Levis est, cum timetur malum leve, vel grave quidem, sed quod verosimile vix sit. Gravis metus alius dicitur absolute gravis, alius relative. Metus absolute gravis, qui in virum constantem cadere dicitur, oritur ex malo gravi, et verosimiliter impendente: puta gravis infamiae, carceris, amissionis egregiae quantitatis bonorum. Metus vero relative gravis ex levi malo originem habet, vel quod verosimiliter non imminet (adeoque in se levis est), sed ratione habita personae, ad timorem plus aequo proclivis, gravis existimatur. Ex caussa intrinseca susceptus dicitur metus, cum ab ipsomet metuente proficiscitur; puta ex propria passione, metu mortis imminentis, vel alterius mali. Extrinsecus vero est, cum quis alteri mala quaecumque minatur. Juste incutitur: puta quando judex ad sponsalia cogit eum ea, quam quis

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 1. Cod. l. 5. tit. 1.

corrupit. His metus speciebus additur reverentialis, quo filius, vel filia, ut parentibus obsequatur, quorum indignationem timet, ea facit, vel promittit, quae voluntas refugit. Hisce breviter explicatis facile solvitur proposita quaestio.

(1) *L.* 1. *ff. quod metus caussa.* (4. 2.)

§. 597.

Metus levis sponsalium vim non impedit; nam, quamvis et hic aliquatenus consensum metuentis imminuat, non tamen per se efficere potest, ut ea peragat, quibus plene repugnat voluntas. Ergo consensum non tollit, quo praestito valere debent sponsalia (1), sicut et matrimonium (2); neque vani timoris justa excusatio esse potest (3).

(1) *Cap. Consultationi* 28. *extra de sponsalib.* (4. 1.)

(2) *Cap. Cum dilectus* 6. *extra de his, quae vi, metusve caussa fiunt.* (1. 40.)

(3) *L. Metum accipiendum* 5 , *l.* 6. *ff. quod metus caussa.* (4. 2.)

§. 598.

Quod de levi metu, idem de gravi, sed juste incusso, accipiendum (1); vel qui a caussa intrinseca proveniat; nam justo Magistratus imperio, et legibus libertas potius perficitur, quam destruatur (§. 470.): nec aequitas patitur, ut metus specie poenitentiae locus relinquatur ei, qui justum emisit actum (2).

(1) *Sed vim accipimus atrocem, et eam, quae adversus bonos mores fiat, non eam, quam Magistratus recte intulit, scilicet, jure licito. L. Continet* 3. §. 1. *ff. quod metus caussa*, *cap. Ex litteris* 10. *extra de sponsalib.*

(2) *Argum. cap. Sicut nobis* 17. *extra de regularibus.* (3. 31.)

§. 599.

Si vero gravis metus sit, et injuste ab homine incussus, nemini dubium, quin sponsalia ex eo contracta irrita sint, sive ab altero ex contrahentibus incussus proponatur, sive ab extraneo (1); cum enim sponsalium obligatio non alio tendat, quam ut matrimonium contrahatur, quod pleno consensu perficiendum est; metus autem gravis, etsi omnino non tollat, summopere tamen consensum imminuat, merito constitutum, sponsalia ex tali metu inita viribus destitui (2).

(1) *Proinde si quis in furto, vel adulterio deprehensus, vel in alio flagitio, vel dedit aliquid, vel se obligavit, Pomponius recte scribit, posse eum, ad hoc edictum pertinere; timuit enim vel mortem, vel vincula: quanquam non omnem adulterum, vel furem liceat occidere, nisi se telo defendat: sed potuerunt vel non jure occidi, et ideo justus fuerit metus: sed etsi ne prodatur ab eo, qui deprehenderit, alienaverit, succurri et per hoc edictum videtur; quoniam, si proditus esset, potuerit ea pati, quae diximus. L. Nec timorem* 7. §. 1. *ff. quod metus caus.* (4. 2.)

(2) *Cap. Cum locum* 14. *et* 15., *cap. Consultationi tuae* 28. *extra de sponsalibus* (4. 1.), *d. l.* 7. §. 1. *ff. quod metus caussa. Dissentiunt interpretes, an metus jure naturali contractum infirmet, an vero jure tantum positivo. Potior videtur eorum sententia, qui inspectis naturae legibus validum putant contractum metu initum; qui enim metu contrahit, non definit consentire: nec coactus proprie dicitur; tum quia coactio in voluntatem cadere non potest; tum quia liberum ipsi est, malum, quod alter minatur, potius eligere. Libertas igitur, et consensus metu quidem minuitur, atque labefactatur, sed non tollitur: adeoque summo jure nascitur obligatio. Qui aliud sentiunt, ut probent, naturae jure celebratum metu contractum irritum esse, hoc utuntur argumento. Ut contractus valeat, et oriatur obligatio, non sufficit voluntas in altero se obligandi, sed praeterea requiritur, ut is, cui obligatio acquiritur, ejus acquirendae capax sit: ejus autem capax esse non potest; alioquin enim ex suo scelere meliorem suam conditionem facere posset. Verum, praeterquamquod hoc argumentum nihil probat pro ea specie, qua metus ab extraneo incutiatur; temere affirmari videtur, eum, qui metum incussit, facultatem, et vim acquirendi amisisse.*

Ergo suadet quidem naturae jus, ut obligationes metu susceptas leges humanae irritent, sed per se validae sunt. Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 1. Cod. l. 5. tit. 1.

§. 600.

Metum reverentialem, concors est omnium sententia, per se sponsalium vi non obesse, nisi simul minae graves, verbera, vel alia adjuncta, quae gravem perturbationem pariant, cum metu reverentiali concurrant; tum quia per se levis est, tum quia aequitas suadet, ut parentibus filii in re tanti momenti, quantum honeste fieri potest, obsequantur.

§. 601.

Quod de gravi metu sponsalia irritante traditum est, etiam in ea specie obtinet, qua jusjurandum accesserit: jusjurandum enim, utpote accessorium, sequitur naturam, et conditiones actuum, quibus adjicitur (1): quod hic potissimum debet obtinere, ubi de re agitur, quae ad publicum bonum pertinet; cum reipublicae intersit, ne matrimonia coacta ineantur.

(1) *L. ult. cod. de non numerata pecunia.* (4. 30.)

§. 602.

Hinc plures, non inepte, sentiunt, ne quidem absolutione, aut dispensatione opus esse; cum nullum omnino dici debeat hujusmodi jusjurandum, ne sit vinculum iniquitatis (1). Quae autem de metu diximus, ad vim quoque sunt extendenda; vis enim, ut optime notat Ulpianus, sine metu esse non potest (2).

(1) *Cap. Inter caetera* 22. §. 1. *caus.* 22. *quaest.* 5., *cap. Ad nostram* 21., *cap. Quintavallis* 23. *extra de jurejur.* (2. 24.)

(2) *L.* 1. *ff. quod metus caussa.* (4. 2.)

§. 603.

Error quadruplex vulgo assignatur: videlicet personae, fortunae, conditionis, et qualitatis (1). Error personae, sicut matrimonium, ita et sponsalia irritat, tum jure positivo (2), tum naturali; quia tollit consensum (3): sed error fortunae, vel conditionis sponsalium vi non obstat contraria ratione: nisi quis erret in conditione personae, ut liberam putet eam, quae in servitute est; cum enim propter gravissimam conditionis diversitatem hinc matrimonium irritari, constitutum sit (4), non dubium, quin et sponsalia irritentur, quae via sunt ad matrimonium (5).

(1) *Error personae est, quando hic putatur esse Virgilius, et ipse est Plato: error fortunae, quando putatur esse dives, qui est pauper, vel e converso: error conditionis, quando putatur esse liber, qui servus est: error qualitatis, quando putatur bonus, qui malus est. Cap. unico §. Ad haec* 2. *caus.* 29. *quaest.* 1.

(2) *Cap. Tua nos* 26. *extra de sponsalibus.* (4. 1.)

(3) *Cum errantis voluntas nulla sit. L. Cum testamentum* 8. *et sequ. cod. de juris, et facti ignorantia.* (1. 18.)

(4) *Cap. ult. extra de conjug. serv.* (4. 9.), *cap. Si quis ingenuus* 4. *caus.* 29. *quaest.* 2.

(5) *L. Oratio* 16. *ff. hoc tit. V. infra* §. 838. *et seqq.*

CAPUT II.

Qui sint capaces contrahendorum sponsalium.

SUMMARIA.

Sunt capaces sponsalium omnes, qui intelligunt, quod agunt, nec jure prohibentur. Hinc excluduntur infantes, furiosi, amentes. §. 604.

Inst. l. 1. tit. 10 ff. l. 23. tit. 1. Cod. l. 5. tit. 1. *Requiritur, et sufficit aetas septem annorum. Parentum consensus valida non efficit sponsalia infantium.* §. 605.

Si duo impuberes sponsalia contrahant, ante pubertatem recedere nequeunt; si unus pubes contraxerit, alterius pubertatem expectare debet. §. 606.

Voluntas recedendi a sponsalibus statim adepta pubertate declaranda est: secus confirmata reputantur sponsalia. §. 607.

Cum impuberum sponsalibus jusjurandum accessit, amplius recedere non licet: possunt tamen restitui in integrum. §. 608.

Jure Romano parentum consensus exquiritur in sponsalibus, ut et nuptiis liberorum. Quid discriminis eo jure inter filios et filias? Quid de tutoris, aut curatoris consensu? §. 609.

Jure ecclesiastico illicita sunt sponsalia invitis parentibus contracta, sed valida. Parentes eodem jure pro filiis sponsalia valide contrahunt. §. 610.

§. 604.

Ut sponsalia vires suas exerant, non sufficit, enumeratas conditiones interfuisse, sed adhuc requiritur, ut ab iis contracta fuerint, qui naturali et positivo jure contrahendorum sponsalium capaces sint; nimirum ut intelligant, quod agunt, nec jure prohibeantur. Defectu intellectus idonei non sunt infantes septennio minores, nisi forte malitia aetatem suppleat: furiosi, mentecapti, quibus nullum est animi judicium. Jure prohibentur quaedam personae matrimonium inter se inire: puta consanguinei, affines, adeoque et sponsalia (1): de quibus prolixius dicemus, ubi de matrimonio.

(1) *D. l.* 16. *ff. hoc tit.*

§. 605.

Itaque regulariter tam in masculis, quam in foeminis ad contrahenda sponsalia requiritur, et sufficit aetas septem annorum (1). Si inferiori aetate constituti sint sponsi, nec judicium habeant supra aetatem, non convalescunt sponsalia, quamvis liberorum loco parentes promiserint, nisi majores septennio facti ea rata habeant (2); in obligationibus enim mere personalibus pater non potest, filii consensum supplere (3).

(1) *In sponsalibus contrahendis aetas contrahentium definita non est, ut in matrimoniis: qua propter et a primordio aetatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intelligatur; idest, si non sint minores, quam septem annis. L. in sponsalibus* 14. *ff. hoc tit., cap. Litteras* 4. *et seqq., cap. Ad dissolvendum* 13. *extra de desponsatione impuberum.* (4. 2.)

(2) *Capit. unico de desponsatione impuberum in* 6. (4. 2.). *Nec obest cap.* 1. *eod. tit., apud Gregor. IX., ubi ait summus Pontifex, filium, pro quo pater sponsalia contraxit, adimplere debere, quod pater spopondit, cum ad perfectam aetatem pervenerit; nam ex communi interpretum doctrina intelligendus est textus de debito honestatis, non autem necessitatis.*

(3) *L. Sponsalia* 11. *ff. hoc tit.*

§. 606.

Si duo impuberes septennio majores sponsalia contraxerint, neutri ante pubertatem recedere permittitur (1). Quod si unus adhuc impubes sit, alter vero pubes fuerit factus, poterit hic, non expectata alterius pubertate, libere resilire a sponsalibus (2); neque enim cogendus est illud expectare, quo impleto nullum pondus obligationi accedit. Sed si pubes cum impubere contrahat, potest quidem hic sponte implementum contractus denegare, non ille, cujus aetas beneficium non habet (3). Atque hoc est, quod vulgo traditur, impuberum, vel minorum contractus claudicare (4).

(1) *Cap. De illis* 7. *et seqq. extra de desponsatione impuber.* (4. 2.)

(2) *D. cap.* 7. *versic. Si vero.*

(3) *D. cap.* 7. *de despons. impub.*

(4) *L. Non eo minus* 14. *cod. de procuratoribus.* (2. 13.)

§. 607.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 1. Cod. l. 5. tit. 1.

Facultas autem impuberibus concessa a sponsalibus resiliendi non aliter eis prodest, quam si hanc resiliendi voluntatem statim pubertate adepta declarent; secus futurum, ut ea potius ratihabitione confirmasse existimentur; saltem si concurrant aliqua hujus ratihabitionis argumenta (1): veluti munera, familiaris consuetudo. Statim resilire eum, quidam interpretantur, qui intra triduum contradicat; cum ea statim fieri in jure dicantur, quae intra triduum fiunt (2). Quamvis longius tempus expostulare alia possint adjuncta, quod judicis est definire.

(1) *Cap. un.* §. 1. *extra de sponsalibus in* 6. (4. 1.)

(2) *Illico autem, idest intra triduum proximum, sine ulla dilatione compelli arbitrum, vel arbitros eligere. L. Cum specialis* 18. *cod. de judiciis* (3. 1.), *l. Sententiis* 3. *cod. de errore advocatorum.* (2. 10.)

§. 608.

An facultas resiliendi impuberibus adimatur, si sponsalibus jusjurandum accesserit, affirmare videtur Alexander III., cum impuberes in hac specie ad promissa implenda compellendos censuris ecclesiasticis statuit, nisi rationabilis caussa eos excuset (1): et merito; beneficium enim impertiuntur leges, non jus reddunt, cum impuberibus concedunt, ut, a data fide recedere impune, possint, quo adhuc juvari non debent in ea specie, qua promissionem suam jurejurando confirmaverint (2). Quamquam nihil vetat, quominus restitutionis in integrum beneficio juvari possint, quemadmodum et juvari minores tradit Voet (3); saltem si huic beneficio expresse non renunciaverint; cum jusjurandum, utpote naturalem libertatem infringens, stricte sit interpretandum (4).

(1) *Cap. Ex litteris* 10. *extra de sponsalibus.* (4. 1.)

(2) *L.* 1., *et Auth. Sacramenta puberum cod. si advers. venditionem.* (2. 28.)

(3) *Voet in pandect. hoc tit. num.* 17.

(4) *Argum. cap. Debitores* 6. *extra de jurejurando.* (2. 24.)

§. 609.

Quoad parentum consensum in sponsalibus filiorum, vel filiarumfamilias aliud statuerat civile Romanorum jus, aliud decreverunt ecclesiasticae leges. Romano jure parentum consensus aeque necessarius erat in sponsalibus, ac in nuptiis (1). Imo, quamvis et filium, et filiam consentire, necesse esset (2); hoc tamen discrimen erat inter filiumfamilias, et filiam, quod filiofamilias dissentiente nulla essent sponsalia (3): filia vero tunc tantum patri dissentire posset, cum sponsus turpis persona esset, vel pravis moribus (4): imo et patri consentire reputabatur, ex quo evidenter dissensum non manifestaret (5): atque vicissim in patre admittebatur, ut consensum praestare judicaretur, nisi aperte dissentiret (6). Quod de patris consensu Romani constituerant, idem et de tutoris auctoritate edixerunt (7), secus ac in curatoribus, sive minorum, sive prodigorum, cujus officium personam non respicit saltem principaliter, sed bona (8).

(1) *In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur. L. In sponsalibus* 7. §. 1. *ff. hoc tit., Nuptiae* 2. *ff. de ritu nuptiarum.* (23. 2.)

(2) *Sponsalia, sicut nuptiae, consensu contrahentium fiunt: et ideo, sicut nuptiis, ita sponsalibus filiamfamilias consentire oportet. L. Sponsalia* 11. *ff. hoc tit.*

(3) *Filiofamilias dissentiente sponsalia nomine ejus fieri non possunt. L. Filiusfamilias* 13. *ff. hoc tit.*

(4) *Tunc autem solum dissentiendi a patre licentia filiae conceditur, si indignum moribus, vel turpem sponsum ei pater eligat. L. Sed quae patris* 12. §. 1. *ff. hoc tit.*

(5) *Sed quae patris voluntati non repugnat, consentire intelligitur. D. l.* 12. *in princip.*

(6) *Intelligi tamen semper filiae patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Julianus scribit. D. l. in sponsalibus* 7. §. 1. *in fine ff. hoc tit.*

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 1. Cod. l. 5. tit. 1.

(7) *L. Si puellae* 6., *d. l.* 7. §. 1. *ff. hoc tit.*

(8) *Sciendum est, ad officium curatoris non pertinere, nubat pupilla, an non; quia officium ejus in administratione negotiorum est. L. Sciendum* 20. *ff. de ritu nuptiarum.* (23. 2.)

§. 610.

Verum aliud placuit ecclesiasticis legislatoribus, ex quibus illicita quidem sunt sponsalia invitis parentibus contracta (1): itaut, ex eorum dissensu solvi posse, plures nec injuria defendant, quamvis jurata sint; valida tamen reputantur (2). Caeterum eodem canonico jure etiam receptum est, ut parentes pro filiis suis puberibus, ut et impuberibus sponsalia valide contrahant, modo filii expresse, vel tacite consentiant: vel, si absentes fuerint, et ignorantes, postea ratum habeant, quod pater ipsorum nomine spopondit (3).

(1) *Cap. Honorantur parentes* 13. *caus.* 32. *quaest.* 2., *cap.* 1. *caus.* 30 *quaest.* 5.

(2) *Cap. Sufficiat* 2. *caus.* 27. *quaest.* 2., *Concilium Trident. sess.* 24. *de reformatione matrim. cap.* 1.

(3) *Ex sponsalibus, quae parentes pro filiis puberibus, vel impuberibus plerumque contrahunt, ipsi filii, si expresse consenserint, vel tacite ...., obligantur, et ex iis oritur justitia publicae honestatis: et est idem, si filii tempore sponsaliorum absentes, et etiam ignorantes eadem sponsalia post scientiam ratificaverint tacite, vel expresse. Cap. unic.* §. *ult. extra de desponsatione impuber. in* 6. (4. 2.)

CAPUT III.

De forma contrahendorum sponsalium.

SUMMARIA.

Nullo jure certa forma praescripta est in sponsalibus. Sufficit ergo consensus legitime praestitus. §. 611.

Contrahi possunt sponsalia per epistolam, per nuncium, sine scriptis. An in locis, ubi scriptura requiritur, ea suppleri possit per quinque testes, vel per jusjurandum? §. 612.

Possunt contrahi pure, in diem, vel sub conditione. Quo tempore implenda sint pure contracta? §. 613.

Si in diem, eo veniente adimplenda sunt, licet pars altera non urgeat: nisi justa caussa excuset. §. 614.

Cum conditio casualis est, aut potestativa, ea tantum impleta nascitur obligatio, nisi renunciatum sit conditioni. §. 615.

Conditio de consensu parentum statim impleta habetur, si in praeteritum concepta fuerit: si in futurum, sufficit tacitus parentum consensus. §. 616.

Explicatur Papinianus speciem tractans de patre, qui filiam nuptiis alteri designaverat, et caverat, ut praedium haberet, si ei nuberet: vel si recusaret, idem praedium pertineret ad sponsum: mortua autem filia ante annum duodecimum, respondit, non deberi praedium sponso. §. 617.

Si parentes primo dissentiant, post consentiant, nulla sunt sponsalia; nisi modicum tempus intercesserit. §. 618.

Respondetur Juliano asserenti, dominum, qui primo ratum non habuit negotium a procuratore gestum, postea probavit, agere posse contra debitorem, et valere ratihabitionem. §. 619.

Conditiones natura, vel jure impossibiles in praeteritum collatae non vitiant sponsalia. §. 620.

Si conferantur in futurum, quidam putant, irritare sponsalia, cum substantiae conjugii adversantur. §. 621.

Aptius dicitur, cujuscumque generis sint, sponsalia irritare, ut et caeteros contractus. §. 622.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit 1. Cod. l. 5. tit. 1.

Demonstratur discrimen inter sponsalia, et ultimas voluntates, vel matrimonium. §. 623.

Tacite etiam possunt contrahi sponsalia signis, et indiciis. Sed in dubio contra ea respondendum est. §. 624.

Sponsalia contracta censentur per ea verba, quae ex communi intellectu, et regionis usu significant nuptiarum promissionem. Quae sint haec verba? §. 625.

Referuntur verba dubia, et ambigua. §. 626.

Quid de his verbis: non ducam aliam, quam te? §. 627.

Siguis etiam contrahuntur sponsalia. Quae sint haec signa? §. 628.

An matrimonium nullum habeat vim sponsalium, plures sunt sententiae: alii affirmant, negant alii, alii distinguunt inter puberes et impuberes. Fundamenta negantium. § 629.

Qui affirmant, nituntur rescriptis Innocentii III., et Bonifacii VIII. §. 630.

Sunt, qui distinguunt inter matrimonium puberum et impuberum: hoc, non illud, in sponsalia abire defendunt auctoritate, et ratione. §. 631. *et* 632.

Cur matrimonium impuberum habeat vim sponsalium? §. 633.

Sententia distinguentium praeferenda videtur. Quare? § 634.

Jus civile in hoc argumento correctum est a canonico, quod in matrimoniis prae civili attenditur. §. 635.

Demonstratur ex jure civili contractum, qui in uno genere non valet, valere posse in alio; quamvis de inducenda obligatione agatur, exemplo mandati, depositi, et emptionis. §. 636.

Maxima est affinitas matrimonium inter, et sponsalia. §. 637.

§. 611.

Quod ad formam contrahendorum sponsalium pertinet, certum est, nec canonico, nec civili jure aliquam praescriptam esse solemnitatem. Sufficit ergo ad eorum vim, si contrahentium interveniat consensus (1); quin parochi, aut testium praesentia requiratur, saltem de jure communi; quod tamen non prohibet, quominus ex justa caussa speciales locorum leges quasdam necessarias solemnitates praescribant (2).

(1) *Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia. L. Sufficit* 4. *ff. hoc tit.*

(2) *Benedictus XIV. de Synodo dioecesana lib.* 7 *cap.* 68. *num.* 1., *et instit. ecclesiast.* 46. § 8., *ubi pluries ita a sacra Congregatione Concilii definitum refert.*

§. 612.

Hinc per epistolam, per nuncium contrahi sponsalia possunt (1), atque sine scriptura (2); cujus defectum in iis locis, ubi ad validitatem sponsalium requisita est, suppleri posse, putat Voet (3), per quinque testes, eo nixus fundamento, quod scriptura tantum desiderata sit ad exclusionem ordinariae probationis per duos testes fieri solitae. Idem sentit de adversarii confessione; cum confessus pro judicato sit (4). Imo et scripturae loco deferri posse jusjurandum; de quo queri nequit, qui provocatur; cum ipse testis simul, et judex constituatur.

(1) *In sponsalibus constituendis parvi refert, an per se, et coram, an per internuncium, vel per epistolam, an per alium hoc factum est: et fere plerumque conditiones interpositis personis expediuntur. L. ult. ff. hoc tit.*

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 1. Cod. l. 5. tit. 1.

(2) *In sponsalibus nihil interest, utrum testatio interponatur, an aliquis sine scriptura spondeat. L. 7. ff. hoc tit.*

(3) *Voet in pandect. hoc. tit. num.* 11.

(4) *L.* 1. *ff. de confess.* (42. 2.)

§. 613.

Possunt etiam sponsalia, non tantum pure, sed et in diem, et sub conditione contrahi. Si pure contracta sint, statim quidem obligatio nascitur; sed, an statim implenda sit, dissentiunt interpretes. Certum est, civili jure olim concessum fuisse biennium sponso in eadem provincia commoranti, quo elapso liberum erat puellae, alias sibi quaerere nuptias (1); triennium vero, si alibi degeret (2): quin et quadriennium, et amplius, si infirma valetudo, necessariae peregrinationes, vel aliae justae caussae, longiorem moram postulare, viderentur (3). Sed plures sunt, qui hanc juris civilis sanctionem canonicis legibus abrogatam contendunt, ob grave periculum, quod haec tam longa dilatio parere potest. Satius ergo prudentis judicis arbitrio definiendum tempus relinquitur.

(1) *Si is, qui puellam suis nuptiis pactus est, intra biennium exequi nuptias in eadem provincia degens supersederit, ejusque spatii fine decurso in alterius postea conjunctionem puella pervenerit, nihil fraudis ei fit, quae nuptias maturando vota sua diutius eludi non passa est. L. Si is* 2. *cod. hoc tit.*

(2) *L. Liberum est* 2. *cod. de repudiis.* (5. 17.)

(3) *Saepe justae, ac necessariae caussae non solum annum, vel biennium, sed etiam triennium, et quadriennium, et ulterius trahunt sponsalia: veluti valetudo sponsi, sponsaeve, vel mortes parentum, aut capitalia crimina, aut longiores peregrinationes, quae ex necessitate fiunt. L.* 17. *ff. hoc tit.*

§. 614.

Si in diem contracta sint sponsalia, die veniente statim adimplenda erunt; data enim fides, ut optime ratiocinatur jureconsultus, non tantum in se, sed die etiam solvenda est (1): et minus solvere existimatur, qui tardius solvit (2). Atque hoc obtinet, quamvis pars altera non urgeat; dies enim statuta, ut fert vulgatum juris axioma, pro homine interpellat (3). Quare tardius promissionis implementum differens tenebitur, resarcire damna, quae pars altera sustinuit; qui enim damni occasionem praestat, damnum fecisse videtur (4): nisi tamen justa et rationabilis excuset caussa; cum enim ex justa caussa dissolvantur sponsalia, potiori ratione differri possunt.

(1) *Solidum non solvitur, non minus quantitate, quam die. L.* 85. *ff. de solutionibus.* (46. 3.)

(2) *L. Ut si cui* 12. §. 1. *ff. de verb. signific.*

(3) *L. Magnam* 12. *cod. de contrahend., et committ. stipulat.* (8. 38.) *l. In emphyteuticariis* 2. *cod. de jure emphyteut.* (4. 66.)

(4) *L. Qui occidit* 30. §. *in hac quoque* 3. *ff. ad l. Aquil.* (9. 2.).

§. 615.

Cum sponsalia sub conditione contrahuntur, distinguendum est, an possibilis, an turpis, vel impossibilis sit conditio. Si possibilis, sive causalis sit, sive potestativa, non prius, quam ea impleta fuerit, nascitur obligatio, secundum naturam omnium conditionum, quarum vis est, ut actum interim suspendant. Excipe, si expresse, vel tacite sponsi conditioni renunciaverint, veluti per subsequens matrimonium, aut carnis commixtionem (1).

(1) *Cap. de illis* 3., *cap. Per tuas litteras* 6. *extra de conditionibus appositis* (4. 5.), *argum. l. Cujus per errorem* 53. *ff. de reg. jur., juncta l. Sub conditione* 16. *ff. de condict. indebiti.* (12. 6.)

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 1. Cod. l. 5. tit. 1.

§. 616.

De ea conditione quaeri solet, si parentes in nuptias consentiant, quandonam impleta, vel defecta intelligatur? Si in praeteritum, vel praesens tempus concepta sit, nulla est difficultas, quin statim valeant, vel deficiant sponsalia, prout vera est, vel falsa conditio. Si vero in futurum dirigatur, non requiri expressum parentum consensum, rectius defenditur, sed sufficere tacitum; qui enim tacet, cum prohibere potest, consentire, judicatur (1): maxime quia haec tantum esse videtur contrahentium mens, ut nihil agant contra reverentiam parentibus debitam: quod obtinetur, cum parentes expresse non dissentiunt (2). Unde sequitur, conditionem impletam censeri, si parentes vita functi sint, antequam sponsalium notitia ad eos pervenerit.

(1) *Argum. l. Qui tacet* 142. *ff. de reg. jur.*
(2) *Argum. cap. Mulier* 14 *caus.* 22. *quaest.* 32.

§. 617.

Nec aliud erui potest ex Papiniani responso, speciem pertractantis de patre, qui filiam suam nuptiis designaverat alteri, atque ita testamento caverat, ut, si filia sponso designato nuberet, praedium haberet: ad sponsum vero pertineret fundus, si filia ejus nuptias recusaret: mortua ante annum duodecimum filia, sponso non deberi praedium, respondit jureconsultus, ea innixus ratione, quod non aliter, ad sponsum pervenire, deberet praedium, quam si filia expresse declarasset, se in ejus nuptias non consentire (1); species enim haec longe distat ab ea, de qua agimus. Cum de sponsalibus ex placito parentum contractis sermo est, nemini lit injuria, si tacitum, vel non denegatum consensum sufficere dicamus, maxime ex praesumpta contrahentium mente. Contra Papinianus de ea specie loquitur, qua praedium tum sponsae, tum sponso per fideicommissum relictum erat: aequitas ergo suadebat, ut favore heredis fiduciarii non aliter praedium restituendum diceretur, quam si expressa voluntatis declaratio intervenisset.

(1) *L. Pater* 101. *ff. de conditionib. et demonstrat.* (35. 1.)

§. 618.

Sed quid, si parentes primo dissentiant, postea mutata voluntate consensum praestent, valebuntne sponsalia? Affirmat Voet (1); quia prior repulsa non verus et proprius dissensus dici debeat, sed potius eo animo facta sit a parentibus, ut repetitis, et magis enixis precibus consensus eliceretur. Magis arridet contrasentientium opinio; conditio enim semel defecta amplius impleri non potest (2): nisi statim post dissensum parentes consentiant; modici enim temporis intervalli ratio non habetur (3).

(1) *Voet in pandectas hoc tit. num.* 7.
(2) *L. Haec conditio* 10. *ff. de condition. et demonstrat.* (35. 1.)
(3) *L. Duos reos* 6. §. *Duo rei* 3. *ff. de duobus reis.* (45. 2.)

§. 619.

Nec nocet, quod Juliano placuit, dominum, qui primo ratum non habuit negotium a procuratore gestum, postea probavit, agere contra debitorem posse, atque ratihabitionem eo saltem sensu efficacem esse, ut exceptio subsidiaria doli mali ipsi tribuatur (1); maximum enim discrimen est inter Juliani speciem, et eam, quam pertractamus. Jureconsultus agit quidem de negotio in alterius voluntatem collato, sed istius voluntas non se habet, tanquam conditio actum suspendens, verum ut qualitas necessario requisita ad actus vim. Nihil ergo obstat, quominus actus valeat, si consensus primo denegatus postea concedatur; maxime quia ratihabitio subsequens ad contractus tempus retrotrahitur (2). At in sponsalibus a parentum consensu pendentibus, parentum consensus vera, et propria conditio est, nec efficere possunt, ut, quae semel defecit conditio, nunquam defecisse intelligatur.

(1) *Quid ergo, si, quod primo ratum non habuit, postea habebit ratum? Nihilo magis proficere ad impediendam actionem suam; et ob id, quod primo non habuit*

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 1. Cod. l. 5. tit. 1.

ratum, actionem salvam habere ait; ideoque, si, quod procuratori fuerat solutum, exegerit, agi perinde ex ea stipulatione poterit, ac si ratum habere se, postea non dixisset. Sed ego puto, exceptionem doli mali locum habituram. L. Quo enim 12. §. *Julianus ait* 2. *ff. ratam rem haberi.* (46. 8.)

(1) *L. ult. cod. de S. C. Macedoniano.* (4. 28.)

§. 620.

Quod pertinet ad conditiones natura, vel jure impossibiles sponsalibus adjectas, si in praeteritum, vel praesens tempus collatae sint, certum est, ex his sponsalia non vitiari, adeoque valere, vel corruere, prout extiterit, vel non extiterit conditio jure impossibilis; nihil enim est, quod contrahentibus imputetur, etsi turpem praeteritam adjecerint sponsalibus conditionem; cum hic criminis caussa non detur.

§. 621.

An autem turpis, vel impossibilis in futurum concepta conditio sponsalia omnino irritet, non eadem omnino est sententia. Sunt, qui distinguunt inter conditiones, quae naturae conjugii adversantur; aliasque, quae turpes quidem sunt, nihil tamen commune habent cum matrimonii substantia. Ex primis sponsalia irritari defendunt, non ex posterioribus. Exemplo eorum, quae de matrimonio constituit summus Pontifex Gregorius IX. (1).

(1) *Cap. ult. extra de condition. apposit.* (4. 5.)

§. 622.

Aliis contra placet, sponsalia in hac quaestione a caeteris contractibus nequaquam discernere, itaut, sicuti contractus omnes ex adjectione turpis, vel impossibilis conditionis irriti fiunt; quia ludere videantur contrahentes, qui, ab impossibili conditione consensum suum pendere, voluut, leges autem ludibrio habeant, qui turpem adjiciunt (1): ita nihil agere dicendi sint, qui ita sponsalia ineunt: et merito quidem; nullibi enim, nec in civili, neque in pontificio jure sponsalia a caeteris contractibus in hoc argumento distincta inveniuntur.

(1) §. *Si impossibilis* 11. *instit. de inutil. stipulat.* (3. 20.)

§. 623.

Nec nocet exemplum ultimarum voluntatum, quibus conditiones turpes, aut impossibiles pro non adjectis habentur (1): aut matrimonii, quo eaedem remittuntur, modo non sint contra substantiam conjugii (2); nam ideo remittuntur in ultimis voluntatibus; quia homo metu mortis perterritus, nec jocari, nec ad crimen inducere velle, praesumitur, adeoque ex inconsideratione excidisse existimantur: quae in sponsalibus locum non habent. Matrimonium autem singulari favore dignum est, utpote quod actus sit publice et solemniter celebratus, atque natura sua indissolubilis: qui favor sponsalibus aptari non potest, quae privatim sine solemnitate contrahuntur, et mutuo consensu, aliove adjuncto facile solvi possunt.

(1) §. *Impossibilis* 10. *instit. de hered. instit.* (2. 14.)
(2) *D. cap. ult. extra de condition. apposit.* (4. 5.)

§. 624.

Non tantum expresse contrahi sponsalia possunt, sed et tacite, nimirum quibusdam signis et indiciis, ex quibus futuri matrimonii promissio eruatur. In hac autem quaestione regula generalis prae oculis semper habenda est, qua in dubio potius nulla dicamus contracta sponsalia; ne contra aequitatem nimis proni simus ad obligandum; cum proniores, quantum ratio patitur, esse debeamus ad liberandum (1). Opportunum ergo est, frequentiores formulas et signa saepius adhiberi solita expendere, an ex iis contracta dicenda sint sponsalia, necne.

(1) *L. Arianus ait* 47. *ff. de obligat. et act.* (44. 7.)

§. 625.

In primis constituimus, vera sponsalia contracta reputari per ea verba, quae juxta communem intellectum, et regionis usum futuri matrimonii promissionem significant (1); quisque enim praesumitur, regionis usum scire, et sequi (2); nec ullus contractus certa interpretatio esse posset, nisi verba secundum communem usum explicarentur (3). Verba autem certo significantia futuri matrimonii promissionem, haec vulgo afferri solent: *Promitto, do tibi fidem meam, quod te ducam: sub mea fide te accipiam: promitto, me te ducturam in sponsam, vel simpliciter in meam: non aliam, sed te ducam: promitto, tecum contrahere matrimonium:* quamvis enim his, et similibus formulis non semper expressa reperiatur futuri matrimonii promissio, ex communi tamen loquendi usu, tacite inesse, subintelligitur.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 1. Cod. l. 5. tit. 1.

(1) *Cap. ex litteris 7. extra de sponsalibus.* (4. 1.)
(2) *L. Semper in stipulationibus 34. ff. de reg. jur.*
(3) *L. Labeo 7. §. 2. ff. de supellect. legat.* (33. 10.)

§. 626.

Dubia autem sunt verba sequentia: *Te desponsabo: volo tecum contrahere: placet te ducere: promitto tibi amorem et fidem;* ex primis enim potius sponsalium promissio eruitur, quam matrimonii: per caetera animus quidem sponsalium, vel matrimonii demonstratur, non vero certa ejus promissio; nisi simul alia concurrant indicia.

§. 627.

Hine communis est sententia per haec verba: *Non ducam aliam, quam te, aut praeter te, aut nisi te:* sponsalia non contrahi; quia sensum tantum exceptivum, et conditionalem continent promissionem, ex qua ad summum oriretur impedimentum alteri nubendi, non vero absoluta obligatio matrimonium contrahendi (1).

(1) *Argum. l. Si sterilis 21. §. Sed etsi 5. ff. de action. empti* (19. 1.), *in qua haec habentur.* Sed etsi ita fundum tibi vendidero, ut nulli alii eum, quam mihi venderes, actio eo nomine ex vendito est, si alii vendideris.

§. 628.

Sicut verbis tacite contrahi possunt sponsalia, ita et signis (1), quae ex communi consuetudine matrimonii promissionem contineant. Quare, si praecesserit matrimonii tractatus, plures docent, ex donatione et receptione annuli, vel aliorum munerum juxta morem sponsorum, et similibus, tacitam promissionem praestitam esse; haec tamen sententia praeciso perpetuo regionis usu dubia admodum videtur: prudentis ideo judicis arbitrio singulis inspectis definienda.

(1) *Cap. Cum apud 23. extra de sponsal.* (4. 1.)

§. 629.

Quaeri hic solet, an matrimonium nullum vim sponsalium habeat. Alii affirmant, alii negant, alii plures distinguunt, utrum de matrimonio puberum agatur, qui invalide contrahant ob aliquod impedimentum, vel ob non servatam formam a Concilio Tridentino praescriptam: an de impuberibus, quorum praecise nullum est matrimonium defectu aetatis. Qui negant, Ulpiani responso fidunt ajentis, non videri sponsalia facta ex eo, quod puella in domum viri deducta sit, ibique loco nuptae habita, et quidem ex Labeonis, et Papiniani sententia (1). Addunt, multum distare contractum matrimonii a contractu sponsalium; quia multum interesse solet, matrimonium contraxisse: nihil, aut fere nihil sponsalia: unde colligunt, matrimonium in sponsalia abire non posse, juxta regulam generalem ab ipsis propositam, qua contractus in aliam speciem non abeunt, quoties obligationem induciunt (2), quamvis abire possint, eum obligationem rescindunt; quia leges cum debitoribus mitius agunt (3): vel quum de negotio agitur, cujus forma aequivoca sit; quia tunc contrahentes voluisse praesumuntur, quod integrae expressae formulae convenit (4).

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 1. Cod. l. 5. tit. 1.

(1) *Semper Labeonis sententiam probavi existimantis, si quidem praecesserint sponsalia, durare ea, quamvis in domo loco nuptae esse coeperit: si vero non praecesserint, hoc ipso, quod in domum deducta est, non videri sponsalia facta. L. Quaesitum est 9. ff. hoc tit.*

(2) *L. 1. §. Eum, qui 4. ff. de pecun. const.* (13. 5.), *l. Precario 12. ff. de precario.* (43. 26.)

(3) *L. Arianus ait 47. ff. de obligat., et act.* (44. 7.)

(4) *L. 1. §. ult. ff. mandati.* (17. 1.)

§. 630.

Qui affirmant, innituntur Innocentii III., et Bonifacii VIII. rescriptis. Quaesitum fuit ab Innocentio, utrum matrimonium contractum esset cum puella, quae circiter duodecim annos habens, fuerat desponsata, adhibitis necessariis ad nuptias solemnitatibus. Cum non constaret, an prudentia in puella suppleret aetatem, respondit summus Pontifex, non conjugium, sed sponsalia fuisse contracta (1). Bonifacius vero VIII., sponsalia contracta per verba de praesenti inter puberem et impuberem, vel duos impuberes, in quibus aetate malitiam non suppleat, juris interpretatione tantum esse sponsalia de futuro, declarat; quamvis contrahentes matrimonium celebrare voluissent (2).

(1) *Tuae nobis exibitae litterae continebant, quod quidam filiam suam circiter XII. annos habentem cuidam nobili desponsavit, qui subarrhavit eandem consensu mutuo accedente: quia vero, nobis constare, non potuit, cujus aetatis esset puella, cum eidem viro extitit desponsata, utrumne prudentia tunc in illa suppleret aetatem, respondemus; quod, si puella nubilis non erat aetatis, cum saepefatus vir desponsavit eandem, et aetatem in ea prudentia non supplebat; procul dubio inter eos, non conjugium, sed sponsalia contracta fuerunt. Cap. ult. extra de desponsatione impub.* (4. 2.)

(2) *Idem quoque, si pubes et impubes, vel duo impuberes non proximi pubertati, et in quibus aetatem malitia non supplebat, per verba contraxerint de praesenti; sponsalia enim illa, quae juris interpretatione tantum fuerunt sponsalia de futuro .., per adventum pube tatis in matrimonium non transeunt de praesenti. Cap. unic. §. 1. de desponsatione impuber. in 6.* (4. 2.)

§. 631.

Demum, qui distinguunt, et mox allatis duobus summorum Pontificum rescriptis innituntur, quibus mentio tantum fit de matrimonio a duobus impuberibus, vel saltem a pubere, et impubere contracto: et ratione; cum enim de impuberibus agitur, qui aetatis defectu capaces adhuc non sunt matimonii contrahendi, utique tamen sponsalium, nihil obstare videtur, quominus contractus ab ipsis gestus valeat eo meliori modo, quo valere potest, juxta receptam in scholis, et foro ab omnibus sententiam; praecipue quia agitur de duobus contractibus, qui maximam habent inter se affinitatem; cum alter ad alterum necessario, et natura sua referatur.

§. 632

Si autem quaestio sit de nuptiis contractis a duobus puberibus, quae tamen nullae sint, vel defectu formae a legibus praescriptae in earum celebratione, vel propter aliquod impedimentum dirimens, certum videtur, in sponsalia abire non posse. Non illas, quarum validitati obest impedimentum dirimens; quippequod non tantum nuptias, sed et sponsalia, quae via sunt ad matrimonium, consequenter impedit (1). Non alias, quibus neglecta est forma praescripta; cum enim leges nullitatem actui indicant, absurdum esset, sponsalium adhuc vim habere; alioquin nulla amplius dici non possent, sed maximi ponderis.

(1) *L. Oratio 16. ff. hoc tit.*

§. 633.

Nec regeri potest, nulla etiam legibus declarari impuberum conjugia; nam ut ex citatis Innocentii, et Bonifacii rescriptis innotescit, nulla quidem dicuntur in vim matrimonii, non vero in vim sponsalium; et merito quidem, tum ob allatam discriminis rationem, tum quia aetatis, atque judicii defectus indulgentiam praecipua, et singulari ratione meretur.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 1. Cod. l. 5. tit 1.

§. 634.

Quamvis posterior haec sententia difficultate non careat, caeteris tamen praeferendam plures sentiunt: nec immerito, tum quia magis consona est juri canonico, tum quia à sacra Congregatione Tridentini Concilii interprete approbata dicitur; neque, uti observatum est, suis destituitur rationum momentis.

§. 635.

Neque obesse possunt, quae a contrasentientibus afferuntur: quod enim pertinet ad Ulpiani sententiam (1), eam, utpote juri canonico contrariam, in hac materia (2) attendendam non esse respondent, quam et Julianus jureconsultus reprobavit (3).

(1) *In d. l. Quaesitum est* 9. *ff. hoc tit.*

(2) *Quaestiones enim, quae de matrimonio instituuntur, secundum ecclesiasticas potius, quam civiles leges, dirimendas esse, apud omnes in confesso est. Fab. cod. de nupt. lib.* 5. *tit.* 2. *def.* 2. *num.* 1. *in corpore, et tit.* 3. *de incestis, et inutilibus nupt. def.* 6., *ubi haec habet:* Quoties enim de nuptiis apud nos tractatur, sequimur jus canonicum; quandoquidem ea res ad religionis, et sacramenti caussam pertinet.

(3) *L. Cum hic status* 32. §. *Si quis sponsum* 27. *ff. de donat. inter vir. et uxor.* (24. 1.)

§. 636.

Argumentum vero, quo utuntur, juri civili omnino oppositum esse contendunt, qui postremam sententiam tuentur; ajunt enim illi contractum, quod in uno genere non valet, in altero valere non posse, si de contractu agatur, qui obligationem pariat: vel si contractus, in quem abire dicitur, affinitatem cum eo non habeat, qui perperam gestus est; sane enim in mandato, in quo contra mandati naturam, quod gratuitum esse debet, merces promittitur: in deposito, quo ejus usus depositario permittitur: in emptione, qua merces in rebus, non in pecunia, constituitur, de obligando agitur: tamen aperte traditum est, mandatum abire in locationem (1); emptionem permutationis naturam induere (2); depositum in mutuum converti, itaut depositarius in hac specie de rei interitu teneatur, cujus periculo futura est, postquam ipsi permissus est rei usus (3); cum seclusa hac conventione, solam custodiam, et latam culpam praestare, teneretur (4).

(1) §. *ult. instit. de mandato* (3. 27.), *l.* 1. §. *Mandatum* 4. *ff. eod. tit.* (17. 1.)

(2) *L. Emptionem* 7. *cod. de rer. permutatione.* (4. 64.)

(3) *Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti. Nerva, Proculus etiam, antequam moveantur, condicere quasi mutua, tibi haec posse, ajunt. Et est verum, ut et Marcello videtur; animo enim coepit, possidere. Ergo transit periculum ad eum, qui mutuum rogavit, et poterit ei condici. L. Certi condictio* 9. §. *ult. ff. de reb. cred., l. Si quis* 4. *ff. eod. tit.* (12. 1.)

(4) *L.* 1. §. *Si convenit* 6., *et* §. *Saepe evenit* 35. *ff. depositi.* (16. 3.)

§. 637.

Nec feliciore exitu ratiocinantur, cum ideo matrimonium in sponsalia abire, negant, quod horum contractum alter ab altero longe distet; quia multum intersit, matrimonium contraxisse, nihil vero contraxisse sponsalia, qui enim conjugium inire, vult, sane maximi facere debet, si saltem sponsalis contraxerit, ex quibus obligatio ad matrimonium celebrandum oritur, quaeque ad illud praeparatio, et via sunt: quo patet,

Inst. l. 1. tit. 10 ff. l. 23. tit. 1. Cod. l. 5. tit. 1.

arctissimo foedere duos hosce contractus invicem jungi, potiusquam depositum, et mutuum: mandatum et locatio.

CAPUT IV.

De sponsalium legitime contractorum effectibus.

SUMMARIA.

Duplex est sponsalium effectus: obligatio ad nuptias contrahendas, et impedimentum publicae honestatis. Quid circa hoc jure veteri, et novo constitutum sit? §. 638

Apud Romanos diversum jus viguit quoad vim obligationis, quae ex sponsalibus oritur. Jure canonico invitus quis cogitur ad ea implenda §. 639.

Arrhae utroque jure probantur: sunt species pignoris ad magis confirmandam obligationem. Distinguuntur a sponsalitia largitate. §. 640.

In quacunque re, et quantitate consistere possunt. Quorum consensus exquiratur in arrhis? § 641.

Quid juris in arrhis? §. 642.

Si alter ex sponsis ante nuptias decedat, restituuntur: nisi defunctus morosus fuerit. §. 643.

Poena utroque jure reprobatur: nisi in non acquirendo sit; soluta tamen non repetitur. §. 644

Cur poena prohibeatur, permittantur arrhae? Alii putant poena magis laedi libertatem matrimonii, quam arrhis; quia facilius quis se privat re, quam non possidet. §. 645.

Aliis poena videtur odiosa, non arrhae, quas, ad captandam benevolentiam dari putant. §. 646.

Aliis placet, poenam rejici; quia teneat locum ejus, quod interest: arrhis vero tantum firmetur contractus. §. 647.

Aliqui censent, permittendam esse poenam, cum quis injuste recedit, quin matrimonii libertas inde minuatur. §. 648.

Respondetur Ulpiano, et rescripto Gregorii IX. §. 649.

Facilius permittuntur arrhae, quam poena: quamvis utraque matrimonii libertatem minuat; quia poena delictum supponens odiosa est: arrhae vero poenitentiam unice demonstrant. §. 650.

§. 638.

Duplex est sponsalium legitime contractorum effectus: scilicet obligatio ad matrimonium congruo tempore contrahendum, et impedimentum publicae honestatis, quod hodie ex decreto Concilii Tridentini primum gradum non excedit: neque oritur ex sponsalibus quacunque ratione invalidis (1): contra quam jure veteri obtineret, quo inspecto quartum gradum complectebatur (2), et oriebatur ex invalidis sponsalibus, dummodo invalida non essent ex defectu consensus (3).

(1) *Conc. Trident. sess.* 24 *de reformat. matrim. cap.* 3.
(2) *Argum. capit. Sponsam* 8. *extra de sponsal.* (4. 1.)
(3) *Cap. unic. extra de sponsalib. in* 6. (4. 1.)

§. 639.

Quod pertinet ad matrimonii contrahendi obligationem, aliud jure veteri Romanorum obtinebat, aliud novo obtinet, cum quo nec omnino consentiunt ecclesiasticae leges. Olim penes Romanos ex sponsalibus, stipulatione contractis, oriebatur actio ex sponsu,

non ad eorum implementum, sed ad id, quod interest (1). Deinceps nulla efficax obligatio jure civili ex sponsalibus nasci judicabatur, itaut liceret alteri, altero invito, repudium mittere (2); quamvis temere resiliens arrhas quadruplicatas reddere cogeretur (3), quae posterioribus constitutionibus ad duplum restrictae sunt (4). Sed canonico jure constitutum, ut firma, et efficax ex sponsalibus actio profluat, qua alter ab altero invitus cogi possit ad datam fidem implendam (5), etiam censurarum metu: quae tamen comminandae sunt, non infligendae; cum matrimonia libera esse debeant, et coactiones soleant, difficiles plerumque exitus habere, ut loquitur S. P. Lucius III. (6)

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 1. Cod. l. 5. tit. 1.

(1) *Aulus Gel. noct. atticar. lib. 4. cap. 4.*

(2) *Alii desponsatae, renuntiare conditioni, et nubere alii, non prohibentur. L. 1. cod. hoc tit., l. Liberum est 2. in fine cod. de repudiis.* (5. 17.)

(3) *L. 6. cod. Teodos. hoc tit.*

(4) *L. Mulier 5. cod. hoc tit.*

(5) *Cap. Praeterea 2., cap. Ex litteris 10. extra de sponsalib.* (4. 1.)

(6) *Cap. Requisivit 17. eod. tit.*

§. 640.

De arrhis, quas jam commemoravimus, nulla esse potest quaestio, quippeque matrimonii libertatem, quamvis aliqua ratione imminuere videantur, non tamen tollunt: et ideo utroque jure probatae sunt (1). Arrhae autem a re, pro qua dantur, juxta Isidorum (2) dictae, vel a graeco verbo *Arraia*, quod firmum significat, ut aliis placet, nihil aliud sunt, quam species pignoris, quod traditur ad magis confirmandam obligationem, atque ut metu earum amissionis neuter a contractu recedat (3). Arrha a sponsalitia largitate distinguitur, quatenus arrha tanquam pignus est futuri matrimonii, haec autem ad captandam potius benevolentiam fit.

(1) *D. l. Si mulier 5. cod. hoc tit., cap. Nostrates 3. caus. 30. quaest. 5.*

(2) *Etymolog. lib. 10. cap. ult.*

(3) *Princip. instit. de empt. et vendit.* (3. 24.)

§. 641.

Arrhae in quacunque re sive mobili, sive immobili, et quantitate tradi possunt (1); legibus enim coercita facultas non est; et dari, non tantum a sponsis, sed et ab eorum parentibus, ut et ab iis recipi (2). Si tamen a pupillis, vel a minoribus tradendae sint, tutorum, vel curatorum consensus necessarius est (3), imo etiam judicis decreto opus est, ut bona immobilia arrhae nomine tradantur (4).

(1) *Argum. l. Arrhis 3., l. Mulier 5. cod. hoc tit., l. Ex empto 11. §. Is, qui 6. ff. de action. empti.* (19. 1.)

(2) *D. l. 5. cod. hoc tit.*

(3) *L. Mulier 28. in fine cod. de jure dot.* (5. 12.)

(4) *Tit. ff. de reb. eor., et cod. de praed., et al. reb. min.*

§. 642.

Hoc autem jus in arrhis observatur, ut, qui dedit, eas recuperet, si matrimonium contrahat, vel jure recedat: si vero injuste resiliat, eas amittat. Quod si recedat, qui arrhas accepit, duplum, arrhas scilicet, et tantundem de rebus suis restituat: nisi de quadruplo convenerit; quod leges permittunt: non ultra, praeterquam si minoris aetatis sit; quia tunc tantum restituit, quod ab altero accepit (1): nisi pater, vel mater, avus, aut proavus arrhas liberorum nomine acceperint; tunc enim dupli onus in ipsos recidet, si caussa, ob quam matrimonium contrahere nolint liberi, ipsis prius fuerit cognita: simpli vero erit obligatio, si caussam recedendi a sponsalibus ignoraverint (2).

(1) *Mulier sui juris constituta arrharum sponsalium nomine usque ad duplum teneatur, idest in id, quod accepit, et aliud tantundem; nec amplius, si post completum vigesimumquintum annum .... arrhas suscepit: in simplum autem ..., si*

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 1. Cod. l. 5. tit. 1.

minoris aetatis est .... Quadrupli videlicet poena, quae in anterioribus legibus definita erat ..., cessante, nisi specialiter aliud ex communi consensu inter contrahentes de eadem quadrupli ratione placuerit. D. l. 5. cod. hoc tit. V. l. Deo nobis 56. cod. de Episcopis, et clericis, in qua Justinianus constituit, ut arrhas tantum restituat, qui post sponsalia vult ingredi religionem.

(2) *D. l. Mulier 5. versic. Patrem vero.*

§. 643.

Si ante nuptias sponsus, vel sponsa decesserint, arrhae heredibus, vel ab heredibus restituendae sunt, nisi forte ex defuncti culpa congruo tempore matrimonium non fuerit celebratum (1); cum enim arrhae pignoris locum teneant, ut contractus perficiatur, eo non secuto sine culpa, poena esse non potest amissio pignoris (2).

(1) *Arrhis sponsaliorum nomine datis, si interea sponsus, vel sponsa decesserit, quae data sunt, jubemus restitui: nisi caussam, ut nuptiae non celebrarentur, defuncta persona jam praebuit. L. Arrhis 3. cod. hoc tit.*

(2) *L. Sancimus 22. cod. de poenis.* (9. 47.)

§. 644.

Quod de arrhis diximus, ad poenas pecuniarias ex communi opinione non protrahitur, tum jure civili, tum canonico. Nec interest, utrum a sponsis, an a personis necessitudine conjunctis luenda sit; inhonestum quippe visum fuit, vinculo poenae matrimonia obstringere, atque eorum libertatem imminuere (1): nisi poena in non acquirendo consistat; quia tunc, cum potius illicitum sit ad matrimonium ineundum, legibus non videtur improbata (2): vel jam soluta poena sit; quippe leges actionem tantum denegant, non vero soluti tribuunt repetitionem (3). Equidem poenae stipulationem posterioribus temporibus permisit Leo Imperator (4); sed haec constitutio in occidente recepta non fuit, imo a summis Pontificibus aperte reprobata (5).

(1) *Extra definitionem autem hujus legis, si cautio poenam stipulationis continens fuerit interposita, ex utraque parte nullas vires habebit; cum in contrahendis nuptiis libera potestas esse debeat. D. l. Mulier 5. in fine cod. hoc tit., l. Titia 134. ff. de verb. obligat.* (45. 1.), *l. Libera 2. cod. de inutilib. stipulationib.* (8. 39.), *cap. Gemma 29. extra de spons.* (4. 1.) *V. Thes. lib. 3. quaest. 42., in qua definitum refert, nullam esse donationem a minore factam sponsae eo casu, quo culpa ipsius matrimonium non celebraretur, cum sponsa, tempore sponsalium, et donationis adhuc pupilla, major facta fuisset, adeoque denegata fuit mulieri actio. Aliud tamen traditum, si pactum poenale inter parentes sponsorum factum fuisset. Ibid. num. 3.* †

(2) *Argum. l. Cui fuerit 15., et l. In conditionibus 19. ff. de conditionib., et demonstr.* (35. 1.)

(3) *D. l. 134. ff. de verb. obligat., d. cap. 29. de sponsalib.*

(4) *Novella Leonis 18.*

(5) *D. cap. 29. de sponsalibus.*

§. 645.

Cur autem poena utroque jure prohibeatur, permittatur autem arrharum amissio usque ad quadruplum, si ita convenerit, quamvis utrinque imminui matrimonii libertas videatur; quippe non tantum ad matrimonium aliquo modo cogi videtur, qui temere resiliens arrhas amittit, praecipue si egregia quantitas arrharum nomine constituta sit, quam qui recedens praescriptam poenam solvere tenetur, varii varie explicant. Alii poena magis laedi matrimonii libertatem putant, quam per arrhas; quia facilius quis se privet re, cujus possessionem in alium transtulit, quam ea, cujus dominium, et possessionem retinet. Sed haec interpretatio locum quidem habere posset, si tantum arrhae amitterentur ab eo, qui dedit. Certum tamen est, propriam rem, quam possidet, dimittere debere eum, qui accepit; scilicet praeter arrham simplum, vel duplum. (§. 642.)

§. 646.

Aliis placet, poenam improbari; quia odiosa sit; non arrhas, quae ad mutuam captandam benevolentiam dantur. Verum confundunt sponsalitias largitates cum arrhis, quae non ad benevolentiam comparandam, sed ad contractum firmandum traduntur. (§. 640.) Sane dupli, vel quadrupli praestatio, benevolentiam conciliare, apta non est. Adde, secuto conjugio, arrhas reddendas esse: quo tempore major esse debet contrahentium mutua charitas, et benevolentia.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 1. Cod. l. 5. tit. 1.

§. 647.

Sentiunt alii, ideo poenam improbari, quia poena ex Romani juris principiis in stipulationibus facti tenet locum ejus, quod interest (1); inhonestum autem videatur, sponsalium obligationem pecunia aestimari, quod secus in arrhis, quae ad firmandum contractum dantur. Sed interpretatio haec utrique juri repugnat; leges enim tum civiles, tum ecclesiasticae ideo poenam improbant, quia hinc laeditur matrimonii libertas (2).

(1) §. *ult. instit. de verb. oblig.* (3. 16.), *l. Si poenam* 68. *ff. eod. tit.* (45. 1.)

(2) *Inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia obstringi. L. Titia* 134. *ff. de verb. obligat. Libera matrimonia esse antiquitus placuit, ideoque . . . stipulationes, quibus poena irrogatur ei, qui, quaeve divortium fecisset, ratas non haberi, constat. L. Libera* 2. *cod. de inutilib. stipulation.* (8. 39.). *Cum itaque libera matrimonia esse debeant, et ideo talis stipulatio propter poenae interpositionem sit merito improbanda. Cap. Gemma* 29. *extra de sponsalibus.*

§. 648.

Neque desunt, qui, congruam discriminis rationem afferri, non posse existimantes, poenam tantum improbari putant, cum solvenda sit, quamvis justa caussa recedendi fuerit (1): permittendam vero, cum ob injustum recessum exsolvi debeat; non enim, inquiunt, matrimonii libertas laeditur per graviores poenas, carceres, censuras, quibus tamen injuste resiliens plecti potest. Unde concludunt, potiori ratione per poenam pecuniariam non auferri: praeterquamquod, qui sponsalia libere contraxit, queri non potest, quasi ipsius libertati injuria fiat, quia ad implendam fidem sponte datam poenae metu inducatur.

(1) *Inter hos Gothofredus in d. l. Titia* 134. *ff. de verb. oblig. versic. Quin inhonestum, Barbosa in citat. cap. Gemmas* 29. *de sponsal. num* 89., *Reiffenstuel ibid. num.* 187., *Perez de matrim. disput.* 7. *sect.* 1. *num.* 6., *Voet in pandect. hoc tit. num.* 12., *et alii plures.*

§. 649.

Quod autem jure civili constituitur, posteriori Novella Leonis abrogatum dicunt (1): Gregorium IX. (2) interpretantur de sponsalibus ad infantibus contractis, qui erant septennio minores, a quibus utpote invalidis, non licet, ad alia valida argumentari.

(1) *D. Novell. Leonis* 18.

(2) *D. Cap. Gemma* 29. *extra de spons.* (4. 1.)

§. 650.

Quod si quis, priori sententiae, quae communior est, inhaerendum existimet; utpote tum ecclesiae, tum reipublicae legibus magis conformi: nec, quas ex interpretibus attulimus, discriminis rationes inter arrhas et poenam in eo, quod ad libertatem matrimonii pertinet, sufficere videantur, hanc addat, si lubet, tum arrhis, tum poena libertatem quidem matrimonii aliquo sensu imminui quatenus tum metu poenae exsolvendae, tum arrhae amittendae, vel in duplum, aut quadruplum restituendae quis induci potest ad fidem in sponsalibus datam implendam; quam seclusa hac jactura non perficeret, atque hoc sensu neutrum plene legislatoribus probari, ut de arrhis dignosci potest ex eo, quod certum modum, quadruplum nempe, praestituerint, quem excedere nefas sit; attamen arrhas permitti seu potius tolerari, non poenam; tum quia poenae nomen ex communi hominum aestimatione magis odiosum est, quam arrharum; cum poena delictum sup-

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 1. Cod. l. 5. tit. 1. ponat emendatione, et animadversione dignum: amissio vero arrharum, vel restitutio inconsultam tantum poenitentiam demonstret: unde fit, ut quis hanc potius, quam illam patiatur, ne nuptias cum inviso conjuge ineat.

CAPUT V.

Quibus modis sponsalia solvantur.

SUMMARIA.

Sponsalia dissolvuntur tribus modis. 1. *Mutatione voluntatis.* 2. *Mutatione conditionis.* 3. *Propter crimen.* §. 651.

Mutuo consensu solvuntur sponsalia, si uterque pubes sit. §. 652.

Olim pater sponsalia filiae, non filiorum libere solvebat. Jure novo soli contrahentes ea dissolvere possunt. §. 653.

2. *Per alterius recessum justum, vel injustum: sed si injustus sit, tantum solvuntur ex parte recedentis.* §. 654.

3. *Per religiosam professionem, imo et per solum ingressum in religionem liber fit, qui in saeculo remanet.* §. 655.

Idem affirmandum de susceptione sacrorum ordinum, imo et minorum, ex parte suscipientis. §. 656.

Votum ingrediendi religionem, suscipiendi sacros ordines, vel simplex castitatis non solvit sponsalia ex parte voventis, solvit ex parte alterius. §. 657.

5. *Per matrimonium posterius solvuntur ex parte contrahentis, quamvis nullum sit.* §. 658.

Ex parte alterius tantum suspenditur eorum vis, quamdiu matrimonium consistit. §. 659.

Juris loca, quibus solvi sponsalia dicitur, intelligi possunt, ut solvantur ex parte contrahentis, suspendantur ex parte alterius. §. 660.

Posteriora sponsalia, etiam jurata, non solvunt priora; quamvis posterior sponsa, priorum sponsalium inscia, cognita fuerit. §. 661. *et* 662.

Si aliquo casu priora sponsalia irrita fiant, posteriora exerunt vim, quae in suspenso erat. §. 663.

6. *Solvuntur per superveniens impedimentum dirimens. An sponsus nocens teneatur petere dispensationem?* §. 664.

7. *Ob gravem mutationem in alterutro contingentem.* 665. *et* 666.

Mutatio contingere potest in bonis animi, corporis, vel fortunae. Gravis est in bonis animi infamia ex delicto contracta; gravis saevitia sponsi, et morum asperitas. §. 667.

Gravia odia, et inimicitiae inter sponsos, vel parentes. §. 668.

Graves sunt corporis mutationes, morbus contagiosus, gravis deformitas. §. 669.

In bonis fortunae gravis est mutatio, si sponsa dotem promissam dare nolit, aut nequeat, sponsus inops factus sit: quamvis utraque pars eandem calamitatem passa fuerit. §. 670.

Cum alter ex sponsis ditior fit, solvuntur sponsalia, si in iis habita sit ratio aequalitatis bonorum, et conditionis. §. 671.

Ex parte innocentis solvuntur per posteriorem fornicationem. §. 672.

Si crimen hoc praecesserit sponsalia, non aliter ea solvit, quam si fuerit ignoratum: atque de ignorato scelere intelligendus est Innocentius III. §. 673.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 1. Cod. l. 5. tit. 1.

An solvantur sponsalia, si sponsa vi oppressa fuerit? Alii affirmant ob gravem mutationem. §. 674.

Aliis iniquum videtur, afflictionem addere afflictae, ideoque putant, non solvi sponsalia. §. 675.

Crimen quidem fornicatio est, non autem in sponsa innocente vindicandum. Mutatio superveniens tanta non est, ut justam praebeat caussam recedendi a sponsalibus. §. 676.

Quae de fornicatione dicta sunt; extenduntur ad turpes actus, ex quibus timeatur turpis conjugalis vita. §. 677.

Si uterque ejusdem criminis reus fiat, paria crimina mutua compensatione deleantur. §. 678.

Par esse utriusque crimen, ex eo ostenditur, quod in utroque aeque prohibeatur; et data fides ex utriusque parte violetur. §. 679. *et* 680.

Quamvis gravior superveniat mutatio in foemina, non ideo tollitur compensatio, sicut non tollitur in matrimonio. §. 681.

Etsi difficilius solvatur matrimonium, quam sponsalia, tenet tamen comparatio, cum par sit crimen, quoad fidei violationem. §. 682.

Exceptio est, si sponsa quaestum corporis fecerit; et hinc infamis evaserit. §. 683.

Non solvuntur sponsalia propter unius fornicationem, si alter crimini consenserit. §. 684.

Demum solvuntur sponsalia ex iniqua dilatione. §. 685.

Cum caussae solvendorum sponsalium indubiae sunt, judicis auctoritas non est necessaria: nisi sponsalia publica sint, et caussa occulta. Cum dubia est caussa, non licet alteri, altero invito recedere. §. 686.

Judex in his caussis est ecclesiasticus, qui in dubio pro libertate jus dicere debet. §. 687.

Sponsa uxori comparatur in iis, quae ipsi favent, non in aliis. §. 688.

Hinc dotem repetit, ut uxor; ejus praedia non possunt alienari, datur actio injuriarum sponso. §. 689.

Sed non tenetur elugere sponsum, nec servare annum luctus, nec prohibentur donationes inter sponsos. §. 690.

§. 651.

Discutiendum superest, quibus modis sponsalia dissolvantur. Generatim modi omnes solvendorum sponsalium ad tres reduci possunt, scilicet mutationem voluntatis, mutationem conditionis, et crimen. Mutatio voluntatis contigere potest in utroque, vel in alterutro. Mutatio conditionis evenit per professionem religiosam, vel susceptionem sacrorum ordinum, vel per posterius matrimonium, vel per aliud superveniens impedimentum: demum ob quasdam mutationes contingentes in bonis animi, corporis, vel fortunae. Crimen duplex est, fornicatio, et iniqua dilatio matrimonii post sponsalia contrahendi.

§. 652.

1. Ergo mutuo consensu solvuntur sponsalia (1), dummodo uterque pubes sit (§. 606.); unaquaeque enim res eodem modo dissolvitur, quo est colligata (2): quod quidem et in sponsalibus jurejurando confirmatis obtinet; cum jusjurandum sequatur naturam actus, cui adjicitur. Sane, si jurisjurandi obligatio remittitur, cum alter ex parte sua promissa non implet (3), potiori ratione liber esse debet ille, quem solvit alter contrahens, cujus favore promisit.

(1) *Cap. Praeterea* 2. *extra de sponsalib.* (4. 1.)
(2) *L. Nihil tam naturale* 35. *ff. de reg. jur. in* 6.
(3) *Cap. Sicut* 29. §. 1. *extra de jurejurando.* (2. 24.)

§. 653.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 1. Cod. l. 5 tit. 1.

Juxta veterem Romani juris disciplinam pater pro arbitrio, nuncium sponso remittere, poterat, et sponsalia dissolvere, modo filia in potestate esset (1): sicut et fere poterat sponsalia contrahere (§. 609.). Aliud observabatur in sponsalibus filiorum, quae nec pater sine consensu filii inire poterat (2). Sicut autem tutoribus sponsalia contrahere, nisi ex voluntate puellae, denegabatur (d. §. 609.), ita nec poterant, nuncium mittere ad ea finienda (3). Verum, cum hodie sponsalium vis a contrahentium voluntate omnino pendeat (§. 610.), pendere pariter eorum dissolutio debet, non a parentum arbitrio.

(1) *In potestate manente filia pater sponso nuncium remittere, potest, et sponsalia dissolvere; enimvero, si emancipata est, non potest, neque nuncium remittere, neque, quae dotis caussa data sunt, condicere. L. In potestate* 10. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Filiofamilias* 13. *ff. eod. tit.*

(3) *L. Si puellae* 6. *ff. eod. tit.*

§. 654.

2. Solvuntur sponsalia per alterius recessum, ex parte quidem recedentis, sive ex justa caussa, sive temere recedat; cum enim conveniens est resiliendi caussa, eo ipso facultas alteri data censetur, ut alias sibi quaerat nuptias: si autem per injuriam fides data frangatur, fidem ab altero adhuc postulare, iniquum esset (1). Quanquam in hoc postremo casu potest pars innocens, alteram cogere ad promissionem adimplendam; ne ex delicto suo meliorem faciat suam conditionem (2). Solvuntur ergo ex parte recedentis, non alterius.

(1) *L. Qui fidem* 16. *ff. de transaction.* (2. 15.), *cap. Frustra tibi fidem* 75. *extra de reg. jur. in* 6.

(2) *Nemo, ex suo delicto meliorem suam conditionem facere, potest. L. Non fraudantur* 134. §. 1. *ff. de reg. jur.*

§. 655.

3. Dirimuntur sponsalia per religiosam professionem, qua ipsum solvitur matrimonium ratum (1): imo et per solum ingressum in religionem liber fit, qui in saeculo remanet (2); qui enim religionem vovit, satis demonstrat, se voluntatem mutasse, et facto sponsalibus renunciasse: unde fit, ut pars altera libera maneat, non vero ipse, cui non licet, a debito contracto per sponsalia se liberare, nisi per religiosae vitae professionem (3); ne alioquin fraudibus via aperiatur.

(1) *Cap. Ex publico* 7. *extra de convers. conjugat.* (3. 32.)

(2) *Cap. Veniens* 5. *extra qui clerici, vel voventes.* (4. 6.)

(3) *Cap. Verum* 2., *cap. Ex publico* 7. *extra de convers. conjugat.*

§. 656.

4. Idem de susceptione sacrorum ordinum statuendum est, per quam etiam ex parte utriusque sponsalia dirimuntur; quia per solemne votum castitatis, vel, ut aliis placet, castitatis servandae debitum ecclesiastica lege ordinibus annexum, fit, ut matrimonium, ad quod sponsalia diriguntur, impossibile existimetur (1). Per minorum vero ordinum susceptionem libera quidem fit sponsa; quippe suscipiens, juri suo renunciare censetur, quia suscipiendo minores ordines praesumitur, et ad majores aspirare: sed ex ipsius parte intacta permanet obligatio, ad quam perficiendam juris remediis cogi potest; cum minores ordines conciliari cum matrimonio possint, etenim non valide tantum, sed et licite post eos susceptos matrimonium contrahitur.

(1) *Cap. unic. de voto, et voti redempt. in* 6. (3. 15.), *extravaganti unica Joannis XXII. eod. tit.* (3. 6.), *Concil. Trid. sess.* 24. *de matrim. can.* 9.

§. 657.

Disputant interpretes, an idem jus obtineat, cum alter ex sponsis votum emittit religionem ingrediendi, suscipiendi sacros ordines, vel simplex castitatis votum. Omnes con-

sentiunt, ex parte voventis sponsalia dissolvi; utpote qui, votum matrimonio repugnans emittendo, juri suo renunciare, praesumitur. Sed probabilius defendunt plerique, ex parte ipsius, qui religionem vovit, tantum suspendi sponsalium obligationem; cum adhuc possit, post tale votum a religione deflectere, justa etiam de caussa. Potiori ratione ex voto suscipiendi sacros ordines, vel simplici castitatis non dissolvuntur sponsalia ex parte voventis; cum tale votum ex probabiliori sententia illicitum, atque ideo nullum sit (1).

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 1. Cod. l. 5. tit. 1.

(1) *Cap. Quanto personam* 18. *extra de jurejur.* (2. 24.), *cap. Veniens* 5. *qui clerici, vel voventes.* (4. 6.)

§. 658.

5. Sponsalia dirimuntur per matrimonium posterius illicite contractum cum altera persona; quia illicitae quidem sunt hujusmodi nuptiae, sed tamen validae; cum fortius vinculum debilius solvat. Atque haec ratio probat, idem vigere jus in ea specie, qua priora sponsalia fuerint jurejurando firmata (1). Imo, etiamsi posterius sponsalibus matrimonium propter aliquod dirimens impedimentum nullum esset, non desinerent priora sponsalia, solvi ex parte alterius; qui enim matrimonium cum alia contrahit, satis indicat, se priori fidei renunciare.

(1) *Cap. Sicut* 22., *cap. Si inter* 31. *extra de sponsalib.* (4. 1.)

§. 659.

Gravis est quaestio, ac per hoc matrimonium sponsalia in perpetuum ex ipsius voventis parte solvantur, an tantum, donec durat celebratum conjugium. Probabilior videtur eorum sententia, qui in hac specie, obligationem priorum sponsalium tantum suspendi, putant, itaut uxore defuncta possit sponsa, ad fidei implementum urgere; nullo enim argumento probari potest, per posterius matrimonium priorem sponsalium obligationem omnino extingui; cum mutatio talis non interveniat, quae iterum tolli nequeat. Quinimo, sicut ille, qui invita uxore religionem professus est, quamvis interim ipsi restituatur, ea tamen mortua non potest aliam ducere; sed tenetur votum castitatis, vivente uxore suspensum, adimplere (1): ita conjuge defuncta eam ducere debet, cui prius fidem dederat; ne ex malitia sua lucrum faciat (2), et alter ex alterius delicto damnum reportet (3).

(1) *Cap. Quidam intravit* 3. *extra de conversione conjugatorum.* (3. 32.)

(2) *L. Non fraudantur* 134. §. 1. *ff. de reg jur.*

(3) *L. Non debet* 74. *ff. eod. tit.*

§. 660.

Nec nocet contrasentientium argumentum, quod ex iis juris locis eruunt, ubi traditur, sponsalia per matrimonium cum alia contractum solvi: solvi autem ipsi interpretantur, penitus extingui (1): ex quo inferunt, sponsalia numquam vim esse recceptura; quia obligatio semel extincta nunquam reviviscat (2); siquidem in allatis juris locis non definitur, utrum tantum suspendatur, an penitus extincta sit obligatio. Solvi autem, imo et penitus extingui, interpretari possumus, ex parte illius, cui per aliud matrimonium injuria illata est.

(1) *D. cap. Inter* 31. *de sponsalibus*, *cap.* 1. *de sponsa duor.*, *cap. ult. caus.* 27. *quaest.* 2.

(2) *In perpetuum enim sublata obligatio restitui non potest. L. Qui res suas* 98. §. *Aream* 8. *ff. de solution.* (46. 3.)

§. 661.

Verum, non quemadmodum per posterius matrimonium priora solvuntur sponsalia, ita et per posteriora cum alia celebrata, quamvis posterioribus jusjurandum accesserit (1); quod enim uni quis pollicitus est, ipsique vi promissionis debetur, non potest amplius, alteri efficaciter promitti, et nulla est pollicitatio, quamvis jurejurando firmata; hoc

Inst. l. 1. enim nullum est, utpote illicitum, et contra bonos mores (2), neque esse potest vin-
tit. 10. culum iniquitatis (3). Optime ergo dixit Isidorus: *In malis promissis rescinde fidem.*
ff. l. 23. tit. 1. *In turpi voto muta decretum: quod incaute vovisti, ne facias; impia enim est pro-*
Cod. l. 5. tit. 1. *missio, quae scelere adimpletur* (4).

(1) *Cap. Sicut* 22. *extra de sponsalib., cap. unic. eod. tit. in* 6. (4. 1.)

(2) *Non est obligatorium contra bonos mores praestitum juramentum. Cap. Non est* 18. *de reg. jur. in* 6.

(3) *Cap. Quanto* 18. *extra de jurejur.* (2. 24.)

(4) *Cap. In malis* 5. *caus.* 22. *quaest.* 4.

§. 662.

Nec aliud jus obtinebit, quamvis posteriorem sponsam sponsus cognoverit, et haec priorum sponsalium inscia fuerit: tum quia per injuriam utrique illatam, non potest auferri jus suum priori innocenti (1); tum quia alioquin dolis, et fraudibus via aperiretur.

(1) *D. l. Non debet* 74. *ff. de reg. jur.*

§. 663.

Quaeritur hic, an, si juri suo renunciet illa, cui per priora sponsalia fides data est, vel moriatur, vel aliam patiatur mutationem, ob quam deseri possit, posteriora vim suam habeant. Affirmat Voet (1), cujus sententia aequitati consona videtur; nam posteriora sponsalia omnino nulla dici nequeunt; sed tantum eorum valor in suspenso est; ea enim natura est omnium contractuum, quibus eadem res successive duobus promittitur, ut ille, cui posterius facta est promissio, non possit quidem, promissorem cogere ad rem ipsi tradendam, si prior stipulator eam petat. Sed, si hic juri suo renunciet, nemini dubium, quin posteriori res tradenda sit, qui in alia specie agere potuisset ad id, quod interest. Ex quo manifeste eruitur, posteriorem contractum validum esse, quantum jus alterius patitur: adeoque juxta conventam formam adimplendum, quando sine alterius injuria executioni potest demandari.

(1) *In pandect. hoc tit. num. penult.*

§. 664.

6. Dissolvuntur sponsalia per superveniens impedimentum: puta ex affinitate contracta; cum enim in hac specie nec licite, nec valide contrahi possit matrimonium (1), frustra quaeritur de sponsalium vi. Plures quidem censent, partem innocentem alteram cogere posse, ut suis sumptibus dispensationem obtineat, ne ex delicto suo melioris fiat conditionis, et alteri innocenti damnum praestet (2). Sed, ut puto, minus recte; tanti enim aestimandum non est jus alteri quaesitum per sponsalia, ut legibus vis fieri debeat.

(1) *Conc. Trid. de ref. matr. sess.* 24. *cap.* 4.

(2) *L. Non fraudantur* 134. §. 1. *ff. de reg. jur., l. Non debet* 74. *ff. eod. tit.*

§. 665.

Septima sponsalium dissolvendorum justa caussa est gravis mutatio, quae in sponso, vel sponsa superveniat (1). Ratio est, quia in sponsalibus ex communi sensu ea semper tacite subintelligitur conditio, si res in eodem statu permaneant, nec gravis in pejus mutatio fiat. Sed et hic mire scinduntur interpretes. Aliis quaecumque fere mutatio, quae potissimum in sponsa contingat, gravis videtur; ideoque sufficiens ratio est, qua sponsus promissione liberetur. Quare, facultatem resiliendi, competere sponso, existimant, si os grave oleat puellae ex corporis vitio, aut in vultu non bene obductae ex vulnere, vel variolis cicatrices sint. Idem sponsae concedunt, si sponsus surdus, claudus factus sit, vel fuerit de homicidio accusatus; quamvis, probato moderamine inculpatae tutelae, sententia judicis fuerit absolutus.

(1) *Cap. Quemadmodum* 25. *extra de jurejur.* (2. 24.)

§. 666.

Aliis contra placet, maximam requiri mutationem, tum in sponso, tum in sponsa ad

hoc, ut libera alterutri recedendi facultas sit, eo nixis fundamento, quod castus sponsorum amor, in conjunctione animi potius, quam corporis consistens, levioribus hisce, corporis praesertim, mutationibus mutari non debeat. In hac diversitate sententiarum, quae tamen magni nominis patronos habent, ea trademus, quae certiora, et magis communiter probata sunt; simulque monemus, certam utplurimum in his regulam praestitui, non posse; sed tantum argumenta proferri, quibus prudens judex, rerum personarumque adjunctis simul consideratis, definire juste possit.

Ius. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 1. Cod. l. 5. tit. 1.

§. 667.

Mutationes triplicis generis sunt; aliae contingunt in bonis animi, aliae in bonis corporis, demum quaedam in bonis fortunae. Gravis mutatio videtur in bonis animi, adeoque sufficiens ad dissolvenda sponsalia, si unus ex sponsis infamis fiat ob aliquod grave crimen: puta furtum, adulterium, homicidium, vel pessimos mores; veluti si ebrietati, ludo, atque aliis hujus generis vitiis deditus appareat; quae vix conciliari possunt cum mutua benevolentia, familiae convenienti regimine, et rei familiaris provida administratione: si gravis saevitia, et morum asperitas in sponso cognoscatur; haec enim cum sufficiens ratio sit divortii inter conjuges (1), potiori ratione caussam praebet a sponsalibus recedendi.

(1) *Cap. Litteras* 13. *extra de restit. spoliator.* (2. 13.)

§. 668.

His vulgo additur, si gravia odia, capitales inimicitiae, et animorum aversiones inter ipsos sponsos ortae sint (1); vel etiam inter sponsorum parentes, aut consanguineos: vel parentes justa de caussa, conjugio consentire, pertinaciter detrectent; vel scandala timeantur (2).

(1) *Argum. cap. Praeterea* 2., *et cap. Requisivit nobis* 17. *extra de sponsalibus.* 4. 1.)

(2) *Cap. Cum in tua* 27. *eod. tit.*

§. 669.

Mutationes, quae, in bonis corporis sufficere ad sponsalia dirimenda, judicantur, hae sunt. Si alteruter ex sponsis in gravem, et incurabilem, aut contagiosum morbum incidat, puta paralysim, lepram, morbum epylepticum, aut gallicum. Si gravis deformitas, sponsae praesertim, superveniat, quae gravior in foemina judicatur, quam in viro, puta si oculos, vel nasum amittat (1). Idem dicendum, si sponsa sterilis, impotens sponsus fiat; cum matrimonium ad prolis generationem sit institutum.

(1) *Quod si post hujusmodi juramentum mulier fieret non solum leprosa, sed etiam paralytica, vel oculos, vel nasum amitteret, vel quidquam ei turpius eveniret, nunquid vir teneretur eam ducere in uxorem? Profecto ductam, non posset, dimittere. Sed nunquid non ductam admittere teneatur? Quamvis interdum contractum non dirimat, quod impedit contrahendum. D. cap. Quemadmodum* 25. *versic. Alioquin, in fine extra de jurejur.* (2. 24.)

§. 670.

Demum sponsalia solvuntur ex maxima superveniente mutatione in bonis fortunae, qualis reputatur, cum sponsa dotem promissam dare amplius, non potest, aut non vult (1); vel sponsus gravem bonorum jacturam passus fuit; itaut ex honesto statu fere ad inopiam sit redactus: quo fiat, ut convenienti uxoris, et liberorum sustentationi impar sit, quamvis nulla ipsi imputari possit culpa (2). Nec aliud obtinet, si utraque pars eandem calamitatem passa sit; cum et in hoc casu vere affirmetur, onera matrimonii ab iis convenienter sustineri, neqnaquam posse. Quinimo, justam recedendi caussam praebere, potest gravis hujus jacturae timor; non enim dumtaxat malum praesens, sed, et probabiliter imminens graviorem ex communi aestimatione mutationem parit.

(1) *Si vero aliquis sub hujusmodi verbis juramentum alicui mulieri praestiterit: ego*

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 1. Cod. l. 5. tit. 1.

te in uxorem accipiam, si tantum mihi donaveris, reus perjurii non habebitur, si eam nolentem sibi solvere, quod sibi dari petiit, non acceperit in uxorem. Cap. De illis 3. *extra de condit. appositis.* (4. 5.)

(2) *Argum. d. cap. Quemadmodum* 25. *de jurejur.* (2. 24.)

§. 671.

Sed quid, si, una parte in priori statu permanente, mutatio in altera contingat, quae utilis sit: puta ditior, aut honestior conditione fiat? Affirmant alii sponsalia irritari, alii negant, alii distinguunt, utrum ille, qui sponsalia contraxit, rationem habuerit aequalitatis bonorum, vel conditionis, necne: itaut liceat, resilire in primo casu, non vero in altero; qnia actus agentium operari non debeant ultra eorum voluntatem (1). Praeferenda caeteris postrema haec sententia videtur, caute tamen itaut probatio incumbat ei, qui sponsalia contraxisse hac intentione contendat; cum enim in hac specie nulla ex parte alterius mutatio contigerit, pro sponsalium validitate, quantum fieri poterit, est respondendum.

(1) *L. Non omnis* 19. *ff. de reb. credit.* (12. 1.)

§. 672.

8. Ex parte innocentis, non vero nocentis, dirimuntur sponsalia per fornicationem ab alterutro post sponsalia commissam (1); gravem enim alteri infert injuriam alter ex sponsis per hoc crimen, post fidem datam perpetratum, atque maxima intervenit mutatio, quae sufficit ad dissolvenda sponsalia (§. 665.). Nec interest, quod sponsalia fuerint jurejurando firmata; quia jusjurandum tacitam hanc habet conditionem, si alter contra regulas desponsationis non venerit (2).

(1) *Cap. Quemadmodum* 25. *extra de jurejur.* (2. 24.)

(2) *D. cap.* 25. *de jurejur.*

§. 673.

Si autem fornicatio sponsalia praecesserit, distinguendum est, utrum a sponso innocente cognita fuerit, necne. Si fuerit cognita, justam praebere, non potest, a sponsalibus recedendi caussam (1); neque enim, aut in legem desponsationis peccatum esse, dici potest, aut ullam intervenisse mutationem. Sed, si sponsus innocens praecedens scelus ignoraverit, eo cognito jure recedet a data fide ob supervenientem, non quidem re, sed cognitione gravem mutationem; paria enim sunt supervenire, et ignoranter praecedere (2): sicut paria sunt non esse, et non apparere (3). Solvi ergo debet obligatio ex ea caussa, quam si quia cognovisset, non fuisset contracturus. Atque de ignorato scelere, quod sponsalia praecesserit, Innocentius III. (4) intelligendus est; qui enim alicujus mores, et conditionem semel probavit, eos non potest deinde reprobare, nisi nova supervenerit caussa.

(1) *D. cap.* 25. *de jurejur.*

(2) *Cap. Pastoralis* 4. *extra de exception.* (2. 25.)

(3) *L. Duo sunt* 30. *ff. de testam. tut.* (26. 2.), *l. In lege fundi* 77. *ff. de contrahend. empt.* (18. 1.)

(4) *In d. cap. Quemadmodum* 25. *extra de jurejur.* (2. 24.)

§. 674.

Duplex hic instituitur quaestio, in qua magna animorum contentione disceptatur, et in contrarias scinduntur sententias celebriores juris interpretes. Prima est, utrum sponsus a praestita fide liberetur, si sponsa vi fuerit oppressa. Altera, an locum hebeat compensatio inter sponsos, si uterque idem crimen admiserit. Plures ea moti ratione, quod in sponsa vi oppressa notabilis mutatio intervenerit, ex qua vilior facta sit, itaut vix sine infamia duci possit, praesertim ob periculum alienae suscipiendae prolis, sentiunt, sponsalia solvi in prima specie.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 1. Cod. l. 5. tit. 1.

§. 675.

Aliis contra iniquum videtur, sponsae innocenti jam nimium afflictae afflictionem adjungi; nam vim passa infelix quidem est, sed nulla lege notata, adeoque miseratione, non poena, digna (1): maxime cum per talem illatam vim nihil omnino castitati in nuptiis spectandae decedat (2); ut enim sapientissime ratiocinatur S. Ambrosius: revera non potest caro corrumpi, nisi mens fuerit ante corrupta (3): neque sobolis generationi, aut individuae vitae consuetudini, aut intimae animorum conjunctioni aliquid detrahitur.

(1) *L. Si uxor* 13. §. *Si quis plane* 7., *l. Vim passam* 39. *ff. ad l. Juliam de adult.* (48. 5.), *l. Foedissimam* 20. *cod. eod. tit.* (9. 9.)

(2) *Virgo prostitui potest, adulterari non potest. Ubicumque Dei virgo est, templum Dei est: nec lupanaria infamant castitatem, sed castitas etiam loci abolet infamiam.* *Cap.* 1. §. 1. *caus.* 32. *qu.* 5.

(3) *Cap. Revera* 2. *eod., et tota quaest.*

§. 676.

Nec movet, quod in corpore ejus, cui vis illata est, illud commissum sit, quod merito horreat vir gravis: scelus enim hoc in vim inferente severissime vindicandum est, non in sponsa insonte. Si autem, repudiari posse, dicatur, non quasi sceleris rea sit, sed quia mutationem sit passa, quae poenitentiae locum praebeat ex parte alterius; sicuti et in aliis casibus contingit, ubi ne species quidem criminis est; quia in contractu tacite semper intelligitur conditio, si res in eodem statu maneat (1), respondent hujus posterioris sententiae patroni, mutationem, quae sponsae supervenit, talem non esse, crimine secluso, ut recedendi caussam praebeat, quemadmodum justa resiliendi caussa non esset, si vidua postea cognosceretur, quae virgo putabatur: nec justa est divortii caussa etiam quoad thorum, quod uxor vim passa fuerit, prout omnes fatentur.

(1) *D. cap. Quemadmodum* 25. *extra de jurejurando.* (2. 24.)

§. 677.

Quod de fornicatione traditum est, extendunt doctores ad alios turpes actus, ex quibus jure conjici possit, alterum ex sponsis turpiter vivere, et turpiter in matrimonio victurum; tum quia hinc infamia creatur, tum quia cum his conciliari nequit mutua conjugum benevolentia, sine qua ferri nequeunt graviora matrimonii onera.

§. 678.

Si ejusdem contra castitatem criminis reus fiat uterque, tum sponsus, tum sponsa, paria crimina puto mutua compensatione deleri, prout de adulterio constituit inter virum, et uxorem Innocentius III. (1); adeoque neutrum a sponsalibus ex hac caussa resilire posse; par enim est fides, quam uterque sibi debet: par injuria, quae ex hoc crimine per fidem violatam utrinque infertur. Par ergo esse debet utriusque conditio: nec jure sponsus, ut a promissionis suae obligatione se liberet, crimen sponsae objiciet cujus et ipse conscius est.

(1) *Cap. Intelleximus* 6. *extra de adulteriis.* (5. 16.)

§. 679.

Ajunt, qui contra sentiunt, paria non esse crimina; sed turpiorem esse fornicationem in foemina, et multo ignominiosius viro talem ducere, quam sponsae viro hujus sceleris reo nubere: tum et in fornicatione sponsae periculum esse alienae prolis, quod in eodem sponsi delicto non contingit. Addunt, matrimonii exemplum, in quo ob mutuum adulterium divortii facultas denegatur, sponsalibus non convenire; quia longe difficilius nuptiae, quam sponsalia, solvantur, quae ob maximam mutationem in qualitatibus animi, vel corporis ex communi omnium sententia dirimuntur. Haec sunt, quae pro contraria sententia afferri solent.

§. 680.

Verum haec facile diluuntur, et primo quidem negamus, gravius esse sponsae, quam

Inst. l. 1 tit. 10. ff. l. 23. tit. 1. Cod. l. 5. tit. 1.

sponsi crimen; nam hujus sceleris malitia, et iniquitas in eo sita est, quod data fides per sponsalia violetur: sane uterque eodem animo, et consilio fidem dedit, uterque eadem se obligatione adstrinxit ad castitatem favore alterius, eui conjungi per nuptias debet, servandam: nec naturalis, aut divina lex crimen hoc in foeminis gravius prohibent, quam in masculis.

§. 681.

Sed instant: gravior supervenit in foemina mutatio, quo fit, ut turpius sit viro, eidem jungi, quam sponsae, viro hujusce sceleris reo nubere, et ex fornicatione sponsae periculum alienae prolis imminet. Esto, ex communi hominum aestimatione graviorem mutationem hinc in foemina intelligi; unde aliquando turpius judicetur eidem conjungi: an statim colligemus ideo compensationem injuriae non esse admittendam? Minime sane; nam et gravior superveuire censetur mutatio in muliere nupta, quae adulterium committat, quam in adultero viro: et facilius imminet alienae prolis periculum, quam cum de sponsis queritur, ubi nuptiarum dilatione periculum averti potest; neque tamen separationem thori viro indulgendam censuit summus Pontifex (1); quia nempe, ut fiat injuriae compensatio, opus non est, ut omnimoda, et adaequata proportio utrinque sit, sed sufficit, ut quaedam sit aequalitas, in eo posita, quod uterque eadem obligatione erga alterum adstringatur, atque uterque idem, et aequale alterius jus violaver t.

(1) *In d. cap. Intelleximus 6. de adulteriis.*

§. 682.

Neque propositam nuptiarum cum sponsalibus, sive uxoris cum sponsa comparationem evertit illud argumentum, quo traditur, difficilius fieri separationem conjugum quoad thorum, quam sponsalia dissolvantur; nam, ut a nobis instituta comparatio vires suas exerat, necesse non est, ut aequalis sit utriusque separationis, seu dissolutionis facilitas; sed sufficit, inde recta ratiocinatione colligi, in jure paria, quoad fidei violationem, tum foeminae, tum viri crimina reputari: ex quo sponte fluit, mutua compensatione deleri.

§. 683.

Verum, quemadmodum exceptionem suae sententiae admittunt adversarii in ea specie, qua sponsus cum pluribus fornicatus fuerit, unde merito timeri possit, ne debita benevolentia, et fide sponsam post conjugium celebratum prosequatur. Vel etiam ex unico scelere prolem habuerit, cum dispendio futurae legitimae sobolis alendam; ita et hasce exceptiones in sponsa potiori ratione admittendas sponte fatemur: praesertim si ex eo, quod quaestum sui corporis fecerit, infamia notata sit (1); tunc enim, si non ob crimen, ex infamia saltem, et notabili mutatione sponsalia ex alterius parte solvi poterunt.

(1) *L. Palam 43. princip., et §§. seqq. ff. de ritu nupt.* (23. 2.)

§. 684.

Addi his potest, facultatem a sponsalibus resiliendi nec sponso, nec sponsae tribuendam esse, cum stupratorem sponsus subornavit, atque ita quasi leno sponsae suae factus sit: vel sponsa iniquis artibus effecerit, ut alteri mulieri sponsus turpiter adhaereret; neque enim ex delicto suo aequum est, ut libertatis emolumentum consequatur (1): nec quis justa ratione mores illius improbat, cujus dolo corrupit (2). Idem jus obtinet, cum alter alterius crimini consensit; consentiendo enim ejus factum probavit, de quo idcirco queri non potest.

(1) *L. Non fraudantur 134. §. 1. ff. de reg. jur.*

(2) *L. Is, cujus 14. princip., et §. 1. ff. ad l. Jul. de adulteriis* (48. 5.), *l. Cum mulier 47. ff. soluto matrimon.* (24. 3.)

§. 685.

Demum justam esse a sponsalibus recedendi caussam jam supra demonstravimus (§. 613.), si ex facto, seu culpa alterius eorum implementum diutius differatur.

§. 686.

Si caussae quas hactenus enumeravimus, sponsalium dissolvendorum certae, et indubiae sint; veluti si unus religionem professus fuerit, vel matrimonium contraxerit, judicis auctoritas non est necessaria; quia nullibi in jure praescribitur; nisi sponsalia publica sint, et caussa, ob quam dissolvantur, occulta; tunc enim tutius est, ad scandala vitanda, judicis sententiam expostulare. Sed si caussa dubia sit de jure, vel de facto, et sponsalia certa fuerint, facultas contrahentibus denegatur, qua altero invito alter recedat; nemo enim sibi debet propria auctoritate jus dicere (1), alterumve a possessione sua repellere (2).

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 1. Cod. l. 5. tit. 1.

(1) *L. un. cod. ne quis in sua caus. judicet, vel jus sibi dicat.* (3. 5.)

(2) *L. Nemo* 126. §. *Cum de lucro* 2. *ff. de reg. jur., l. In pari caussa* 128. *ff. eod. tit.*

§. 687.

Judicem in his caussis esse ecclesiasticum, utroque jure definitum (1), scilicet Episcopum (2), ejus vicarium generalem, etiam sine speciali mandato (3): tum et vicarium capitularem sede vacante, ad quem Episcopi ordinaria jurisdictio transit (4). Meminisse autem oportebit, in dubio potius pro libertate statuendum (5); maxime cum difficiles soleant exitus habere conjugia invito contracta. Quin et sola fama, et unicus testis ad ea dissolvenda sufficit, si gravis vir sit, et publice, dissolvi sponsalia, intersit: puta si impedimentum objiciatur (6).

(1) *Consil. Trid. sess.* 24. *can.* 9, *Fab. cod. de nupt. lib.* 5. *tit.* 2. *def.* 2. *num.* 1. *in corpore. Possessorii tamen caussa matrimonialis ex Thes. dec.* 117. *num. ult.* † *coram judice laico tractari potest.*

(2) *Concil. Trid. ead. sess. de reform. matrim. cap.* 20.

(3) *Argum. cap. ult. de cognat. spir.* (4. 11.), *cap.* 1. *de frigid., et maleficiat.* (4. 15.)

(4) *Cap. Hi, qui* 11., *cap. cum olim* 14. *extra de majorit., et obedient.* (1. 33.)

(5) *L. Arianus ait* 47. *ff. de obligat, et act.* (44. 7.)

(6) *Cap. Cum in tua* 27. *ext. de spons.* (4. 1.)

§. 688.

Pro hujus argumenti coronide breviter superest expendendum, an sponsa comparari possit uxori in eo, quod ad civiles effectus pertinet, quemadmodum ejus nomine quandoque donatur (1). Hic antem distinguenda sunt favorabilia ab illis, ex quibus potius damnum sponsa pateretur. In prioribus sponsa uxoris imaginem refert, et juribus utitur, non in aliis; ne juris fictio, quamvis suo fundamento innixa, sponsae noxia evadat.

(1) *Cap.* 1. *princ., et* §. 1. *caus.* 27. *quaest.* 2., *l. Labeo* 6. §. 1., *l. Servius* 8. *ff. de gradib., et affinib.* (38. 10.)

§. 689.

Hinc traditum, sponsam eadem actione dotem repetere, qua ipsa uxor (1); nec sponsus praedia dotalia alienare potest, quemadmodum uxoris praedia vir distrahere prohibetur (2). Praeterea, sicut viro actio datur injuriarum contra eum, qui uxori intulit injuriam, ita et sponso (3). Qui sponsam, aut sponsae parentem occidit, seque parricida habetur, ac si uxori, ejusve patri mortem intulisset (4). Sicut infamis fit, qui binas nuptias eodem tempore contrahit, ita placuit de eo, qui bina init sponsalia (5). Demum a testimonio dicendo eximitur sponsus filiae, et sponsae pater in iisdem casibus, in quibus eximuntur socer, et gener (6).

(1) *L. Si sponsa* 74. *ff. de jure dot.* (23. 3.)

(2) *L. Lex Julia* 4 *ff. de fundo dot.* (23. 5.)

(3) *Sponsum quoque ad injuriarum actionem admittendum, puto; etenim spectat ad contumeliam ejus injuria, quaecumque sponsae ejus fiat. L. Item apud* 15. §. *Sponsum* 24. *ff. de injuriis.* (47. 10.)

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4.

(4) *L. Sed sciendum est* 3., *juncta l.* 4. *ff. ad l. Pompejam de parricid.* 15. (48. 9.)
(5) *L.* 1. *ff. de his, qui not. infam.* (3. 2.)
(6) *L. In legibus* 5. *ff. de testib., juncta l.* 4: *eod. tit.* (22. 5.)

§. 690.

Verum sponsa ab uxore distinguitur in eo, quod sponsum elugere non tenetur (1): nec prohibetur intra annum luctus, quae vidua est sponsa fieri (2): neque donationes sponsum inter, et sponsam a jure interdicuntur, quemadmodum vetita sunt inter virum, et uxorem (3).

(1) *L. Uxores* 9. *princip., et* §. 1. *ff. de his, qui notantur infamia.* (3. 2.)
(2) *L.* 10. §. 1. *ff. eod. tit.*
(3) *L. Si sponsus* 5., *l. Cum hic status* 32. §. *penul. ff. de donation. inter vir, et uxor.* (24. 1.), *l. Cum in te* 6. *cod. de donation. ante nuptias.* (5. 3.)

TITULUS IX.

De nuptiis.

Instit. lib. 1. tit. 10. *De nuptiis.*
Digest. lib. 23. tit. 2. *De ritu nuptiar.*
Cod. lib. 5. tit. 4. *De nuptiis.*

SUMMARIUM.

Ordo et series hujusce argumenti. §. 691.

§. 691.

Sex erunt hujusce de nuptiis tractatus capita. Explicabimus in primo, quid, et quotuplex sit matrimonium: in 2. Quinam sint contrahendi matrimonii capaces: in 3. Qua forma contrahi debeat: in 4. Quis sit effectus matrimonii legitime contracti: in 5. Quomodo dissolvatur, seu de divortiis: in 6. Demum de poenis eorum, qui contra leges contrahunt, ubi et de secundis nuptiis disseremus.

CAPUT I.

Quid, et quotuplex sit matrimonium.

SUMMARIA.

Matrimonium a matris munere dictum est; quia gravius est matris munus. Conjugium a communi jugo. Connubium, et nuptiae a velo, quo nuptura tegebatur. §. 692.

Nuptiae rite definiuntur viri, et mulieris conjunctio individuam vitae consuetudinem continens. §. 693.

Conjunctio animorum potius, quam corporum sunt; nuptias consensus facit, non concubitus. §. 694.

Polygamia simultanea tum civili, tum canonico jure prohibetur: successiva utroque jure permittitur. §. 695.

Matrimonium natura sua indissolubile est, et continet rerum omnium communionem. §. 696.

Dividitur in legitimum, ratum, et consummatum. Legitimum est, quod celebratur secundum formam a legibus praescriptam: quale est apud infideles. §. 697. Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 1. tit. 4.
Ratum est, cui sacramenti ratio accedit. Cur ratum dicatur? Consummatum specie non differt a rato. §. 698.
Differunt hae species firmitate, non substantia. §. 699.

§. 692.

De matrimonio dicturi, inquirenda prius est nominis etymologia. A matris munere, seu officio matrimonium appellatum tradi solet; quamvis enim ad generandam, et educandam prolem pater concurrere debeat; unde dici posset patrimonium; quia tamen graviores sunt partes matris, matrimonium potius dictum est. Conjugii nomine etiam donatur; quia sub uno, et communi jugo, virum, ac mulierem constituit ad fidem servandam, et onera matrimonii ferenda: quae cum plurima, et gravia sint, vix est, ut leve jugum dici queat. Connubium etiam nominatur, vel nuptiae; quia moris olim erat, ut foemina nuptura caput velo tegeret, verecundiae gratia (1): qui usus jampridem exolevit. Quamquam civili jure nuptiis designari videntur solemnitates, quas in matrimoniis celebrandis veteres adhibebant (2).

(1) *Cap. Nec illud* 8. *caus.* 30. *quaest.* 5.
(2) *L. Seja* 66. §. 1. *ff. de donat. int. vir., et uxor.* (24. 1.), *l. Sancimus* 24. *cod. hoc tit.*

§. 693.

Definiuntur nuptiae a Justiniano: *viri, et mulieris conjunctio individuam vitae consuetudinem continens* (1): a Modestino autem, *conjunctio maris, et foeminae: consortium omnis vitae: divini, et humani juris communicatio* (2): quao duae definitiones in idem recidunt; accuratior tamen videtur, quae ab Imperatore traditur.

(1) §. 1. *instit. de patria potest.* (1. 9.)
(2) *L.* 1. *ff. hoc tit.*

§. 694.

Conjunctionis nomine, quae generis locum tenet, animorum consensio potius quam corporum commixtio significatur: quamquam enim is est matrimonii finis, ut proles suscipiatur, susceptio tamen prolis ad matrimonii essentiam non pertinet, ut per se patet. Hinc merito dixit jureconsultus: *Nuptias non concubitus, sed consensus facit* (1).

(1) *L. Nuptias* 30. *ff. de reg. jur.*

§. 695.

Viri, et mulieris conjunctio dicitur, ut ostendatur, personas diversi sexus in matrimonium coire debere; tum et ad unitatem utriusque conjugis designandam: ex quo patet, penes Romanos polygamiam simultaneam improbatam fuisse (1).

(1) *Duplex distinguitur polygamiae species; alia simultanea dicitur, alia successiva. Prior, cui magis proprie polygamiae nomen convenit, ea dicitur, qua vir simul plures uxores habet, vel vicissim. Posterior, quae frequentius bigamia nominatur, est illa, qua vir successive pluribus uxoribus, vel mulier successive pluribus viris juncta fuit. Haec utroque jure permittitur, non illa.*

§. 696.

Demum reliqua verba, quae differentiam matrimonii continent, quale sit ejus vinculum, quique sint ejus effectus, demonstrant; scilicet caeteri contractus mutuo consensu partium dissolvi possunt, quo fuerunt colligati (1); matrimonium autem, quamvis etiam libera contrahentium voluntate celebratum, eadem tamen solvi, non potest, utpote Dei auctoritate specialiter confirmatum (2). Ejus vero effectus iis verbis designantur, quibus universalis omnium rerum communio, matrimonio inesse traditur.

(1) *L. Nihil tam naturale* 35. *ff. de reg. juris.*
(2) *Matthaei cap.* 19. *versic.* 4. 5. 6.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4.

§. 697.

Dividi solet matrimonium in legitimum, ratum, et consummatum. Legitimum est illud, quod legitimo consensu inter personas habiles, quaeque nulla lege contrahere prohibentur, servata forma a jure praescripta, celebratum est: unde legitimum dicitur, idest secundum leges initum. Tale matrimonium etiam reperitur inter infideles, quibus ad matrimoniii validitatem sufficit, si Principum leges, quibus subjiciuntur, adamussim servent. Scilicet contractus civilis vires habebit, sed sacramenti dignitate destituitur, quippe sacramentorum recipiendorum incapaces sunt, qui baptismate, omnium sacramentorum janua, sunt destituti.

§. 698.

Ratum matrimonium dicimus, cui sacramenti ratio accedit, quale tantum apud fideles est: ratum vero, seu firmum nominatur, quia fortins est ejus vinculum, quam matrimonii legitimi tantùm; quippequod per conversionem alterius conjugis ad fidem dissolvi potest (1). Demum consummatum appellatur, quod mutua corporum traditione, et carnis commixtione complementum accepit Ex quo patet, matrimonium consummatum specie non differre a rato, sed tantum complemento, et perfectione.

(1) *Nam, etsi matrimonium verum inter infideles existat, non tamen est ratum: inter fideles autem verum, et ratum existit; quia sacramentum fidei, quod semel est admissum, nunquam amittitur, sed ratum efficit conjugii sacramentum, ut ipsum in conjugibus illo durante perduret. Cap. Quanto 7. extra de divortiis.* (4. 19.)

§ 699.

Firmitate differunt, non substantia, tres hae matrimonii species, ut jam innuimus; siquidem matrimonium legitimum solvitur, si alter ex conjugibus ad fidem convertatur, altero in errore pertinaciter remanente (1). Ratum vero solemni professione religionis dirimitur (2). Consummatum denique quoad vinculum nunquam dissolvi potest (3), quamvis justis de caussis possit aliquando separatio conjugum fieri quoad thorum, et cohabitationem; de quo alibi dicemus.

(1) *D. cap. 7. de divortiis, Cap. Si infidelis 2. caus.* 38. *quaest.* 2.

(2) *Cap. Verum* 2., *cap. Ex parte* 14. *extra de convers. conjugat.* (3. 32.), *Conc. Trident. sess.* 24. *de matrim. can.* 6.

(3) *Matthaei cap.* 19. *vers.* 6. *Conc. Trident. ibid. can.* 5. *et* 7.

CAPUT II.

Qui possint contrahere matrimonium.

SUMMARIA.

Quatuor requiruntur, ut quis capax habeatur matrimonii contrahendi. Ætas legitima, consensus, generandae prolis capacitas, et legum auctoritas. §. 700.

Ætas XIV. annorum in masculis, XII. in foeminis jure civili desideratur. Jus canonicum potius potestatem conjugii inspicit; saltem cum de matrimonio jam contracto agitur. §. 705.

Jure Romano masculi ultra annum 60., *foeminae ultra* 50. *matrimonium olim contrahere non poterant: quod Justinianus abrogavit.* §. 702.

Matrimonium, utpote gravissimam obligationem pariens, nullum est sine consensu contrahentium; sed non requiritur parentum consensus. Hinc furiosi, amentes ejus incapaces sunt. §. 703.

Prodigi recte contrahunt; quia intelligunt, quod agunt. §. 704.

3. Requiritur capacitas generandae prolis ex communi sententia. Quotuplex sit impotentia? §. 705. Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4.
Impotentia perpetua, cujuscunque generis sit, impedit matrimonium. §. 706.
Matrimonium inter impotentes, nequidem ex consensu contrahentium valere potest. §. 707.
Contrahentes renunciare possunt accidentalibus, et naturalibus contractus, non substantialibus. §. 708.
Impotentia temporalis, vel difficultas non irritat matrimonium: nec quae eidem contracto supervenit. §. 709.
Impotentia respectiva tantum impedit matrimonium cum determinata persona. §. 710.
Demum requiritur, ut nec naturali, nec divina, nec humana lege quis prohibeatur; quia his legibus matrimonium regitur. §. 711.
Alii generaliter cum omnibus prohibentur contrahere matrimonium, alii cum aliquibus tantum. Explicatur utrumque caput. §. 712.

§. 700.

Ut quis ad matrimonium contrahendum admittatur, quatuor conditiones requiruntur: nempe aetas legitima, consensus, generandae prolis capacitas, et legum auctoritas, ne scilicet eis contrahere prohibeatur: impuberes enim consensus capaces sunt, quibus ideo auctore tutore contrahere permittitur, imo et sponsalia inire (§. 605.); non tamen matrimonium aetatis defectu; quo fit, ut prolis generationi impares adhuc sint. Puberes aetate inspecta recte contrahunt, si tamen amentia, vel furoris vitio laborent, defectu consensus a matrimonio arceantur. Cognati demum, vel affines, quamvis ad legitimam aetatem pervenerint, et sana mente sint, inter se matrimonio jungi nequeunt lege prohibente.

§. 701.

Quod ad aetatem pertinet, xiv. annorum in masculis, et xii. in foeminis civili jure constituta est, qua puberes masculi, viri potentes foeminae esse incipiunt (1). In hoc autem canonicum jus a civili videtur dissentire, quod hoc generatim, et indistincte praefatam aetatem requirit, illud vero, regulam quidem hanc generaliter recipit, exceptionem tamen in ea specie admittit, qua ante annum xiv. in masculis, vel xii. in foeminis generandi potentia inveniatur (2): non sane eo sensu, ut ante aetatem legibus praestitutam eis nuptiae permittantur, praeterquam si urgentissima necessitas interveniat (3), sed ita tantum, ut ante contractae nuptiae dissolvi non debeant, si aetatem malitia, seu potius coeundi potestas suppleverit, seu praevenerit (4).

(1) *Jubemus quemadmodum foeminae post impletos duodecim annos omnimodo pubescere judicantur, ita et mares post excessum quatuordecim annorum puberes existimentur. L. ult. cod. quando tutor., vel curator. esse desin.* (5. 60.), *princip. instit. hoc tit., l. Minorem 4. ff. hoc tit.*

(2) *Certum est autem, eum puberem esse, qui ex habitu corporis pubertatem ostendit, et generare jam potest. Cap. Puberes 3. extra de desponsat impub.* (4. 2.)

(3) *Districtius inhibemus, ne aliqui, quorum uterque, vel alter ad aetatem legibus, vel canonibus determinatam non pervenerit, conjungantur: nisi forte aliqua urgentissima necessitate interveniente; utpote, pro bono pacis talis, conjunctio toleretur. Cap. Ubi non est 2. eod. tit.*

(4) *Cap. ult. eod. tit.*

§. 702.

Quemadmodum Romani tempus praestituerant, antequam nuptiae prohiberentur, ita et aetatem decreverant, qua transacta, matrimonio jungi, non amplius liceret, videlicet annorum 50. in foeminis, et 60. in masculis; eo innixi fundamento, quod post hanc aetatem sive vir, sive mulier proli suscipiendae impar sit. Verum Imperator Justinianus

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4.

prohibitionem hanc a lege Julia, et Papia inductam merito sustulit, liberatnque cuicumque in quavis aetate constituto nuptias contrahendi facultatem est impertitus (1); tum quia alii sunt matrimonii fines praeter generationem liberorum, mutuum nempe solatium, et adjutorium, liberorum extra nuptias susceptorum legitimatio; tum quia evenire potest, quamquam non ita facile, ut, qui praedictam aetatem excesserunt, prolem edant, teste ipsa experientia (2).

(1) *Sancimus nuptias, quae inter masculos et foeminas majores, vel minores sexagenariis, vel quinquagenariis, lege Julia, vel Papia prohibitae sunt, homines volentes contrahere, et ex nullo modo, ex nulla parte tales nuptias impediri. L. Sancimus 27. cod. hoc tit.*

(2) *Si major quinquagenaria partum ediderit, si debet hujusmodi soboles suo patri succedere . . . , interrogati sumus. Et sancimus, licet mirabilis hujusmodi partus inveniatur, et raro contingat, nihil tamen eorum, quae probabiliter a natura noscuntur esse producta, respui. L. Si major 12. cod. de legit. hered.* (6. 58.)

§. 703.

Praeter aetatem consensus requiritur in eo, qui matrimonium contrahere desiderat (1); non autem parentum ex jure canonico (§. 606.): si enim nullus omnino contractus sine consensu perfici possit, multo minus nuptiae valebunt ab illis celebratae, qui propter animi vitium consensus capaces non sunt; cum hic de gravissima, et maxime personali obligatione agatur. Hinc amentes, furiosi, nisi dilucida intervalla habeant, a matrimonio arcentur, quamquam ante amentiam, vel furorem contractum hujusmodi vitiis supervenientibus non irritetur: quemadmodum nec irrita fiunt sponsalia (2).

(1) *L. 11. ff. de sponsal.* (23. 1.), *l. Nuptiae 2. ff. hoc tit.*

(2) *L. Furor 8. ff. de sponsalib., l. Oratione 16. §. Furor 2. ff. hoc tit.*

§. 704.

Aliud de prodigis affirmandum; quipque ipsis quidem interdicta est bonorum administratio, quo fit, ut realem obligationem contrahere nequeant; sed, obligatione personali adstringi, non prohibentur; quia et consensus non desinunt esse capaces, et optime intelligere hic possunt, quid agant. Equidem furiosis prodigi comparantur, sed in iis, quae rerum suarum administrationem respiciunt, non in caeteris (1).

(1) *L. 1. ff. de curat. furiosi.* (27. 10.)

§. 705.

3. Non aliter ex communi sententia idoneus quis extimatur ad contrahendum matrimonium, praeterquam si capax sit generandae prolis, seu, ut scholastici loquuntur, non laboret impotentiae vitio. Impotentia autem dividitur: 1. In intrinsecam, et extrinsecam, sive in naturalem, et accidentalem. Prima ex ipsius naturae defectu proficiscitur, puta frigiditate, debilitate, et similibus. Altera ex maleficio, vel hominis opera ortum habet. Utraque iterum tribuitur in perpetuam, et temporalem. Perpetua dicitur, quae, per artis remedia tolli non potest; vel saltem sine mortis periculo, aut gravi peccato per illicitas rationes auferri nequit: temporalis contra honesta aliqua ratione potest superari. Quaecunque vero ex his sit, vel est absoluta respectu omnium, vel relativa, tantum ratione alicujus determinatae personae.

§. 706.

Impotentia perpetua, sive naturalis, et intrinseca, sive accidentalis et extrinseca; si absoluta sit, matrimonium indistincte impedit (si respectiva, tantum cum determinata persona); ex communi enim opinione ad matrimonii essentiam pertinet obligatio ad reddendum debitum, et traditio corporis; quod ad suscipiendam prolem aptum sit: haec autem verificari non possunt in illis, qui perpetua cujuscumque generis impotentia laborant (1); eorum enim, quae fieri nequeunt, nulla esse potest obligatio (2).

(1) *Cap. 1. 2. et 3., cap. Laudabilem 5., cap. 6. et 7. extra de frigidis, et male-*

ficiatis (4. 15.). *Hinc tradit Justinianus ipse, ex impotentia, quae prius cognita non fuerit, dirimi matrimonium post triennium. Novell.* 22. *cap. Per occasionem quoque* 6.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod l. 5. tit. 4.

(2) *L. Impossibilium* 185. *ff. de reg. jur.*

§. 707.

Utrum alterius libero consensu possit fieri, ut valeat matrimonium, sive contrahendum, sive jam contractum, quando vitium prius cognitum fuit, disputant doctores. Communior, et verosimilior sententia est, matrimonium inter impotentes convalescere nullatenus posse, cum enim matrimonium ad prolis generationem a Deo auctore naturae institutum sit, quamvis corporum actualis traditio ejus essentiam non constituat, potentia tamen, et aptitudo ad hanc traditionem videtur de ejus substantia.

§. 708.

Neque dicatur, potestatem hanc favorem alterius conjugis respicere, cui proinde possit alter renunciare (1); renunciatio enim effectum suum in iis dumtaxat obtinet, quae libero partium consensu mutari, vel tolli possunt, qualia sunt accidentalia, vel naturalia contractus: non autem in illis, quae contractus substantiam afficiunt, quibus proinde detractiis corruat omnino, necesse est (2).

(1) *L. Si quis in conscribendo* 29. *cod. de pactis.* (2. 3.)

(2) *Merito ergo Sixtus V. constitutione sua, quae incipit.* Cum frequenter, *hujusmodi matrimonia, sive a sciente, sive ab ignorante contracta, penitus irrita declaravit his verbis:* Mandamus, ut conjugia per dictos, et alios quoscunque eunuchos, et . . . . cum quibusvis mulieribus defectum praedictum, sive ignorantibus, sive etiam scientibus contrahi prohibeas: eosque ad matrimonia quomodocumque contrahenda inhabiles auctoritate nostra declares . . . , eos etiam, qui sic de facto matrimonium contraxerint, separari cures, et matrimonia ipsa sic de facto contracta, nulla, irrita, et invalida esse decernas. *Ratio autem, quae eunuchos a matrimonio arcet, impotentes quoque arcere debet. Quare idem Pontifex in eadem constitutione inhabiles eos ad contrahendum matrimonium declarat:* Secundum canonum sanctiones, et naturae rationem, qui frigidae naturae sunt, et impotentes, iidem minime apti ad contrahendum reperiuntur. *Hinc, ecclesiastica saltem lege a matrimonio prohibendos impotentes, certum est.*

§. 709.

Quod si impotentia tantum temporalis sit, vel non proprie impotentia, sed difficultas, qualis in spadonibus esse solet, nemini dubium, quin consistat matrimonium (1); temporale enim quod facile tolli potest, rei impedimentum contractus vim non impedit. Idem dicendum, si impotentia matrimonio jam legitime contracto supervenerit; satis enim constans in jure est, contractum, qui in genere suo perfectus est, nec aliud ad sui complementum in futurum requirit, non infirmari, quamvis in eum casum devenerit, a quo incipere non potuisset (2). Sed satis de his. Caetera ad canonistas pertinent.

(1) *Cap. Fraternitatis* 6. *extra de frigid. et maleficiatis.* (4. 15.)

(2) *L. Oratione* 16. §. *ult. ff. hoc tit., l. Patre furioso* 8. *ff. de his, qui sui, vel alien. jur. sunt* (1. 6.), *l. Donationes* 31. *in princ. ff. de donation.* (39. 5.)

§. 710.

Quae autem non absoluta, sed respectiva impotentia est, matrimonio quidem obest cum determinata persona, cum qua conjunctio corporum esse non potest, non vero cum aliis. Hinc ex caussa impotentiae solvi aliquando contingit matrimonia eorum, qui postea ambo ex altero, quod ineunt conjugio, prolem suscipiunt.

§. 711.

4. Demum, ut quis contrahendi matrimonii capax sit, requirimus, ne ulla lege, naturali nimirum, divina, vel humana prohibeatur (1). Naturali dixi, divina, vel humana; cum enim matrimonium contractus sit, cui post Christum sacramenti dignitas accessit,

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4. evidens est, naturalibus, divinis, atque humanis, tum ecclesiasticis, tum civilibus legibus dirigi: scilicet, quatenus contractus est, juri naturali, et civili subjicitur; quatenus sacramentum, divino, et ecclesiastico.

(1) *Cap. Cum apud* 23. *extra de sponsalibus.* (4. 1.)

§. 712.

Alii sunt, qui alterutro ex his juribus prohibentur generaliter, cum omnibus contrahere matrimonium; alii cum certis personis tantum. Generaliter matrimonium interdicitur illis, qui vitio laborant corporis, quo generandae proli apti non sunt, de quibus mox opportune diximus: tum et qui alterius jam matrimonii vinculo, vel solemni castitatis servandae obligatione tenentur, quales sunt, qui religiosam professionem emiserunt, vel sacris ordinibus sunt initiati. Cum aliquibus tantum prohibentur, quibus obest cognatio, affinitas, publicae honestatis impedimentum, vel crimen, adulterium nempe, et raptus. Quibus addi potest religionis diversitas. De his omnibus singillatim dicendum est duplici sectione.

SECTIO I.

De iis, qui generaliter, et cum omnibus prohibentur contrahere matrimonium.

SUMMARIA.

Votum solemne irritat matrimonium. §. 713.

Idem dicendum de susceptione sacrorum ordinum, qui tamen matrimonium ratum non dirimunt, ut professio religiosa. §. 714.

Ligamen est vinculum profluens ex alio matrimonio. Matrimonium irritat jure naturae in foeminis. An et in masculis? §. 715.

Mulier, quae viro superstite alteri nupsit, ab eo, errore cognito, statim separanda est; nec morte viri aliud conjugium convalescit, filii tamen bona fide suscepti legitimi sunt. §. 716.

Quibus modis haberi possit certitudo de morte viri? §. 717.

§. 713.

In primis a matrimonio indistincte arcentur, qui solemne castitatis votum in aliqua religione legitime approbata emiserunt (1); per hanc enim professionem quis penitus Deo se dicat, et consecrat: unde ne per Ecclesiae quidem dispensationem fieri possit, ut simul religiosus sit, et matrimonio jungatur (2); quum duae res invicem oppositae in eadem persona consistere nequeant. Haec tamen de voto solemni, ut diximus, intelligenda sunt, non de simplici, quod efficit quidem, ut illicite matrimonium contrahatur, sed ejus vim non infringit; quia fortius est matrimonii vinculum, quo et traditio corporum fit, quam simplicis voti de castitate servanda.

(1) *Cap. unic. de voto in* 6. (3. 15.), *cap. Meminimus* 3., *et cap. Insinuante* 7. *extra qui clerici, vel voventes.* (4. 6.)

(2) *Cap. Cum ad monasterium* 6. *extra de statu monachorum.* (3. 35.)

§. 714.

Voto proxime accedit susceptio sacrorum ordinum, quibus, sive ex voto, ut innuere videntur Bonifacius VIII. (1), et Joannes XXII. (2); sive ex lege ecclesiae, sicuti colligi videtur ex Concilio Tridentino (3), insit perpetua custodiendae castitatis obligatio, certum est, matrimonii vim impediri, itaut contractum ipso jure nullum sit (4). Sed hoc interest inter solemne religionis votum, et sacros ordines, quod per illud matrimonium jam legitime contractum, modo non consummatum, dissolvi possit, non vero per istos (5).

(1) *In cap. unic. de voto in* 6. (3. 15.) Inst. l. 1.
(2) *Extravag. Joan. XXII. Antiquae de voto.* (6.) tit. 10.
(3) *Sess.* 24. *de Sacram. matrim. can.* 9. ff. l. 23. tit. 2.
(4) *Cap.* 1. *cap. Ex litterarum* 2. *extra qui clerici, vel voventes* (4. 6.), *cap.* 1. *de clericis conjugatis* (3. 3.). *Apud Graecos hoc jus obtinet, ut in majoribus ordinibus constituti nec valide, nec licite matrimonium contrahere valeant. Verum ipsis permittitur sacrorum ordinum susceptio, quamvis matrimonio juncti sint: atque ut in eo permaneant, ut communiter tradunt doctores. Argum. cap. Cum olim* 6. *extra de clericis conjugatis, cap. Si quis eorum* 7. *distinct.* 32. Cod. l. 5. tit. 4.

(5) *D. extravag. Antiquae Joann. XXII., cap. Verum* 2., *cap. Ex parte* 14. *extra de convers. conjug.* (3. 32.), *Concil. Trident. sess.* 24. *de Sacram. matrim. can.* 6.

§. 715.

Post haec succedit ligamen, quo etiam indistincte conjugium interdicitur (1). Ligaminis appellatione vinculum intelligimus ex alio matrimonio, licet ratum tantum sit, contracto (2): quod quidem impedimentum a jure naturae originem habere videtur; quippe, si fingamus unam mulierem pluribus viris junctam, vix est, ut prolem editura sit: atque edita praeter ejus incertitudinem congrue educari vix posset. Si autem unum virum plures uxores habentem ponamus, incolumis servari nequit individua illa vitae societas, et omnimoda rerum comunicatio, quam natura praescribit (3). Quamquam non omnes consentiunt, utrum jus naturae prohibeat, quominus vir pluribus simul copuletur mulieribus, quemadmodum veteribus Patriarchis in usu erat; quibus tamen speciali Dei dispensatione ex singularibus adjunctis, maxime ob necessitatem multiplicandi fidelis populi (4), id concessum fuisse docent, qui priorem tuentur sententiam.

(1) §. *Adfinitatis quoque* 6. *inst. hoc tit.*

(2) *Cap. Gaudemus* 8. *extra de divortiis* (4. 19.); *Concil. Trident. d. sess.* 24. *can.* 2.

(3) §. 1. *inst. de patria potestate* (1. 9.), *l.* 1. *ff. hoc tit.*

(4) *Arg. d. cap. Gaudemus* 8. *extra de divortiis.*

§. 716.

Hinc sequitur, mulierem (idem de viro in pari casu dicendum), quae superstitem virum habens falso se asseruit viduam, et iterum nupsit, a posteriore viro, errore cognito, statim esse separandam; quod et obtinet, quamvis probabili errore ducta fuerit, priorem defunctum putans maritum ex communi hominum voce (1). Nec unquam convalescere poterit hoc ab initio irritum matrimonium (2); nisi post prioris conjugis obitum utrique placuerit, consensum denuo praestare Jure tamen pontificio, ut et civili filii ex matrimonio bona fide ab uno saltem contracto suscepti legitimis annumerantur (§. 427.): ut et caetera valent, quae nuptias legitimas consequi solent.

(1) *Cap. In praesentia* 19. *extra de spons.* (4. 1.), *cap. Dominus* 2. *de secund. nupt.* (4. 21.)

(2) *D. Cap.* 19. *de sponsalib., d. cap.* 2. *de secund. nupt., Fab. cod. de incestis et inutilib. nupt. lib.* 5. *tit.* 3. *def.* 11.

§. 717.

Modi autem, quibus certitudo moralis de conjugis morte habeatur, quae sufficiat, ut posterius matrimonium permitti possit, hi recensentur: testimonium legitimum parochi (1), vel alterius publicae personae, veluti Magistratus, militiae ducis, notarii publici, vel duorum testium fide dignorum.

(1) *Ad eum quippe potissimum pertinet, de hac re testimonium dicere.*

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4.

SECTIO II.

De iis, qui matrimonium cum aliquibus contrahere non possunt

SUMMARIA.

Quibus ex caussis matrimonium aliquibus prohibeatur? Quid de nuptiarum prohibitione Romanis moribus inter patricios, et plebejos, senatores, et libertinos, praesides provinciarum, et provinciales? §. 718.

Quid de matrimonio tutoris, ejusque filii, et heredis cum pupilla? Transitio, et ordo. §. 719.

§. 718.

Prohibitio ineundi conjugii non generalis, sed cum aliqua determinata persona, ex cognatione, affinitate, publica honestate, adulterii, aut raptus crimine, vel tandem ex cultus disparitate profluere, jam animadvertimus. De quibus singulis impedimentis hic agendum. Praetermittenda putamus, quae de prohibitione nuptiarum Romani constituerant inter patricios, et plebejos, inter senatores, et libertinae conditionis personas (1), inter praesides provinciarum, aliosque, quibus aliquod in provinciis officium demandatum esset, eorumque filios, nepotes, propinquos, aut domesticos, et filias in iisdem provinciis domicilium habentes, quamvis possent, veterem sponsam ducere, suasque filias nuptui ibi dare; et provincialem despondere puellam, cui tamen facultas esset impune poenitendi, arrhis tantum redditis, quas accepisset (2); immo nec restitutis, si ipsa restituenda non putaverit, prout leges posteriores constituerant (3).

(1) *L. Si senatori* 31., *l. Generali* 34. §. *ult.*, *l. Semper* 42. §. 1. *ff. hoc tit.*, *l. Filiam* 9. *ff. de senatoribus.* (1. 9.)

(2) *L. Si quis officium* 38. *princip. ff. hoc tit.*

(3) *L. unic. cod. Si rector provinciae, vel ad eum pertinentes sponsalit. deder. arrhas.* (5. 2.)

§. 719.

Praetermittimus et, quae de nuptiarum prohibitione observabantur inter pupillam, et tutorem, filiumve ejus, vel heredem, aut nepotem; nisi puella jam a patre tutori, ejusve liberis fuisset desponsata; quamquam permitteretur tutori, filiam suam pupillo nuptui tradere, aut filio suo uxorem quaerere filiam ejus, quae sub ipsius potestate fuerat (1). His, inquam, non immoramur; quia ipso Romano jure desierunt prohibitiones nuptiarum inter patricios, vel senatoriae conditionis homines, aliosque infimi status (2): caeterae vero moribus apud omnes fere populos obsoleverunt (3). Quare agendum diffusius est de aliis nuptiarum impedimentis; quod tribus distinctis articulis exequemur, ne rerum copia tenebras offundat. In primo expendemus impedimentum ex cognatione descendens. In altero, quod ex affinitate, et publica honestate profluit. In tertio demum, quod ex crimine, vel religionis diversitate repetitur.

(1) *Tot tit. cod. de interdic. matrim. inter tut., et pupil.* (5. 6.), *l. Tutor* 36. *et seqq.*, *l. Si quis tutor* 60., *l. Libertum* 64., *l. Non est matrimonium* 66. *et seqq. ff hoc tit.*

(2) *Novell.* 78. *cap. Si quis autem* 3.

(3) *V. Reg. Const. lib.* 4. *tit.* 34. *cap.* 16. §. *ult.*, *ubi adhuc tutoribus, et curatoribus prohibetur, ne matrimonio jungant pupillos, aut minores cum personis sibi conjunctis: neve nuptias, aut sponsalia eorundem cieant cum alia quavis persona sine proximiorum consensu sub poena ll.* 500.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 38. tit. 10. Cod. l. 5. tit. 4.

ARTICULUS I.

De impedimento cognationis.

Instit. lib. 1. tit. 10. *De nuptiis.*
Digest. lib. 38. tit. 10. *De gradib., et adfinib., et nomin. eor.*
Cod. lib. 5. tit. 4. *De nuptiis.*

SUMMARIA.

Referuntur quinque capita in hoc articulo expendenda. §. 720.

Cognatio est vinculum personarum ab eodem stipite descendentium, vel quarum una ab alia gignitur. Explicatur definitio. §. 721.

Triplex est cognatio, naturalis, spiritualis, et legalis, seu civilis. §. 722.

Quid sit linea, quid gradus? §. 723.

Linea recta est, vel obliqua. Qui in utraque contineantur? §. 724.

Transversa aequalis est, vel inaequalis. Quas personas utraque complectatur? §. 725.

De graduum computatione, et modo computandi hae sunt regulae. In linea recta tot sunt gradus, quot generationes, seu personae dempto stipite: quod exemplis demonstratur §. 726. *et* 727.

Recensentur nomina ascendentium, et descendentium, eorumque mutua distantia. § 728.

In linea obliqua secundum jus civile tot sunt gradus, quot generationes dempto stipite. Discrimen inter modum computandi in linea recta, et obliqua. §. 729. *et* 730.

Duo fratres duobus gradibus distant. §. 731.

Duorum fratrum filii quatuor gradibus dividuntur. §. 732.

Collaterales in duplici respectu sunt: alii se mutuo respiciunt instar parentum, et liberorum. alii eadem ratione invicem se contingunt. §. 733.

Inter collaterales prioris generis tantum invenitur tertius gradus. §. 734.

Referuntur istorum nomina, et gradus. §. 735.

Recensentur nomina, et gradus cognatorum posterioris speciei. §. 736.

Qui dicantur consobrini, patrueles, et amitini? §. 737.

Qui sint sobrini, et sobrinae: et quo gradu distent? §. 738.

Post hos caeteri carent proprio nomine. §. 739.

Jus civile servatur in successionibus: canonicum in matrimonio. Canones in linea collaterali distinguunt inter lineam aequalem, et inaequalem. §. 740.

In linea aequali haec est regula: quot gradibus uterque distat a communi stipite, tot distant inter se. *Exemplis demonstratur.* §. 741.

In linea inaequali: quot gradibus distat remotior a communi stipite, totidem distant inter se. *Afferuntur exempla de collateralibus, quae se respiciunt instar parentum, et liberorum.* §. 742.

Tum de iis, qui eadem ratione se mutuo respiciunt. §. 743.

Consectaria mox expositae regulae de gradibus cognationis. §. 744.

In linea recta ascendentium, et descendentium jure civili prohibentur nuptiae in infinitum: canonico expresse tantum in quarto gradu. §. 745.

An jure naturae in infinitum nuptiae prohibeantur dissentiunt interpretes. Ita suadere videtur naturalis pudor. §. 746.

In linea transversa eorum, qui instar parentum, et liberorum sunt, severiores fuerunt Romanae leges, quam inter alios collaterales. §. 747.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 38. tit. 10. Cod l. 5 tit. 4.

Jus ecclesiasticum nullum discrimen constituit, et ad quartum gradum indistincte nuptias prohibet. §. 748.

In linea obliqua jure naturae tantum prohiberi videtur matrimonium in primo gradu, quae prohibitio ex singularibus adjunctis Dei dispensatione tolli possit. §. 749.

In reliquis gradibus nuptiae ex legitima caussa permitti possunt, ut permittuntur indistincte a jure civili. §. 750.

Utramque conclusionis partem ab Innocentio III., et Concilio Tridentino tradi, demonstratur. §. 751. *et* 752.

Cognatio spiritualis ex baptismate, et confirmatione oritur; quia generationis quaedam imago in his sacramentis est. §. 753.

Olim haec triplex erat: paternitas, compaternitas, et confraternitas. Explicatur paternitas. §. 754.

Explicantur compaternitas, et confraternitas. §. 755. *et* 756.

Tridentinum Concilium sustulit impedimentum confraternitatis; aliis modum indixit. §. 757

Cognatio haec non oritur ex baptismo, vel confirmatione nullis: oritur tamen ex minus solemnibus §. 758.

Quid sit cognatio legalis, et inter quas personas nuptiae ex ea prohibeantur? §. 759.

Non contrahitur inter filios adoptivos, nec inter patrem adoptantem, et parentes adoptati: nec inter filios adoptivos, et filias illegitimas adoptantis. §. 760.

Nuptiae ex hac cognatione prohibentur in linea recta etiam soluta adoptione: in obliqua dumtaxat adoptione permanente, et in primo gradu. §. 761.

§. 720.

Quinque sunt rerum capita in hoc articulo expendenda: 1. Quid sit cognatio: 2. Quotuplex sit: 3. Quid sit gradus, et linea: 4. Quomodo fieri debeat graduum computatio in unaquaque linea: 5. Quousque protendatur nuptiarum prohibitio inter cognatos, jure tum civili, tum canonico.

§. 721

Cognatio generaliter sumpta definiri potest: *vinculum personarum ab eodem stipite descendentium, vel quarum una ab alia gignitur:* cognati quippe appellantur quasi una, et communiter nati, et progeniti (1). Vinculum dicitur, quo significatur, ex sanguinis communicatione naturalem quandam oriri inter homines conjunctionem, quae specialiter eos mutuo devincit. Additur personarum ab eodem stipite descendentium, quatenus sanguinis communicatio a stipite ortum habet, si de iis personis sermo sit, quarum una non est alterius principium. Denique dicimus, cognationem etiam ex eo oriri, quod unus ab altero generetur, quo cognatio ascendentium, et descendentium demonstratur; neque enim conjunctio, quae inter hujusmodi personas invenitur, inde profluit, quod communem habeant stipitem; sed quod una ex altera mediate, vel immediate ortum trahat; secus enim, si a stipite repetenda esset cognatio, nulla fuisset conjunctio inter protoparentes, eorumque liberos; quippe communis stipes nullus fuit.

(1) *L. Non facile* 4. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 722.

Triplex est cognatio: naturalis, spiritualis, et legalis, sive civilis. Naturalis cognatio, quae et carnalis, et consanguinitas dicitur, est vinculum personarum ex sanguinis communicatione proveniens. Spiritualis, ad exemplum naturalis inducta, ex susceptione in sacramento baptismatis, vel confirmationis descendit (1); quia ex collatione baptismi, et confirmationis fit quaedam spiritualis animae generatio, quae in baptismate incipit, perficitur autem, et roboratur in confirmatione. Demum legalis cognatio et ipsa naturam imitatur, atque legalis dicitur; quia per adoptionem a legibus adinventam quaedam

conjunctionis species oritur inter patrem adoptantem et filios adoptivos, tum et inter hos, aliosque ejusdem liberos, vel conjunctos (2).

(1) *Tot. tit. extra de cognatione spirituali* (4. 11.). *V. caussa* 3o. *quaest.* 1. *et* 3.

(2) *L. Adoptivus* 14. *princ.*, *et* §. 1. *ff. de ritu nup.* (23. 2.), §. 1. *et seqq. inst. hoc tit.*, *cap. unic. extra de cognatione leg.* (4. 12.), *cap. Per adoptionem* 6. *caus.* 3o. *quaest.* 3.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 38. tit. 10. Cod. l. 5. tit. 4.

§. 723.

In triplici hac cognatione distingui debet, sicuti jam innuimus, linea; et gradus sunt inquirendi. Lineae nomine intelligitur, ordinata personarum series, quarum una ab alia gignitur, vel quae ab eodem communi stipite dimanant: gradus vero nomine significatur distantia personarum inter se.

§. 724.

Hinc linea duplex est, recta scilicet, et obliqua, seu transversa. Recta eos complectitur, quorum alter alium gignit: atque in ea pater, et filius, avus, et nepos, caeterique ascendentes, et descendentes continentur. In transversa autem sunt, qui cognationis caussam aliam non habent, nisi quia ab eodem stipite, sive proximo, sive remoto originem ducunt. Atque haec fratres, patrueles, consobrinos utriusque sexus comprehendit.

§. 725.

Linea transversa iterum duplex est: aequalis, et inaequalis. Prima eos complectitur, qui a communi stipite aequis gradibus distant; in altera vero positi reperiuntur, quorum unus stipiti proximior est, alter remotior. Puta duo fratres, duo patrueles in linea transversa aequali sunt; quia illi a patre communi stipite, hi ab avo communi pariter stipite aequali gradu distant. Contra, si fingas duos fratres, quorum unus filios habeat, alter frater comparatus cum fratris sui filiis est in linea transversa inaequali; communis namque stipes pater est amborum fratrum, cui ipsi nulla persona interjecta junguntur: filii vero alterius fratris media tantum patris sui persona communi stipiti connectuntur.

§. 726.

Perspecta cognationis natura, ejusque speciebus, inquirendum est, quomodo fieri debeat graduum computatio in utraque linea tum recta, tum obliqua: ut inde cognosci possit, ad quem usque gradum nuptiae prohibeantur. Et primo de modo agendum est, quo gradus in linea recta computantur; atque hic conveniunt civiles cum ecclesiasticis legibus, quamquam diverso nomine utuntur.

§. 727.

Haec autem regula praestituitur: *in linea recta tot sunt gradus, quot sunt generationes*, ut loquuntur jureconsulti (1): vel *quot sunt personae,* uti ajunt juris pontificii auctores (2), *una tamen dempta generatione*, nempe stipitis, vel *persona*, eodem videlicet stipite. Hinc pater, et filius uno gradu invicem distant; duae etenim generationes sunt. Si unam demas, patrem, una remanet persona, adeoque unus inter ipsos gradus (3). Eadem ratione avus, et nepos duobus gradibus distant; tres enim personae sunt, avus, pater, nepos. Deme avum communem aliorum stipitem: duae supersunt personae, seu generationes. Duo ergo sunt gradus (4). Sic quoque proavus, et pronepos sunt in tertio gradu; et ita de reliquis eodem modo ratiocinandum est.

(1) §. *Hactenus* 7. *inst. de gradibus cognat.* (3. 6.), *l. Jurisconsultus* 10. §. *Nam quoties* 9. *ff. hoc tit.*

(2) *Cap. Quod dilectio* 3., *et cap. ult. extra de consanguinitate, et affinitate.* (4. 14.)

(3) §. 1. *inst. de gradib. cognat.*, *l. Jurisconsultus* 10. §. 12. *ff. hoc tit.*

(4) §. 2. *inst. eod.*, *d. l.* 10. §. 13.

§. 728.

Ut nomina tum ascendentium, tum descendentium, eorumque ab invicem distantia uno intuitu percipiantur, utrumque hic subjiciemus. Primo gradu sunt pater, et mater,

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 38. tit. 10. Cod. l. 5. tit. 4.

filius, et filia. Secundo avus, hoc est patris, et matris pater: item avia tam paterna, quam materna, et nepos, vel neptis tam ex filio, quam ex filia. Tertio gradu sunt proavus, et proavia, atque pronepos, et proneptis. Quartus gradus abavum, et abaviam complectitur, abnepotem, et abneptem. Quintus atavum, ataviam, et atnepotem, atque atneptem. Sexto gradu sunt tritavus, et tritavia, trinepos, et trineptis. Caeteri in ordine ascendentium, cum proprio nomine careant, majores nominantur; in ordine vero descendentium posteri, seu descendentes dicuntur (1).

(1) §. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. *inst. de grad. cognat.*, *d. l.* 10. §. 12. 13. 14. 15. 16. 17. *et* 18. *ff. hoc tit.*

§. 729.

Si de linea obliqua, seu transversa sermo sit, alia praestituitur regula a jure civili, alia a jure canonico. Haec est juris civilis regula: *in linea obliqua tot sunt gradus, quot sunt generationes dempto stipite.* Hoc autem discrimen interest inter modum computandi gradus in linea recta, et obliqua, quod in recta tantum ascendendum sit, aut descendendum, ut gradus inveniatur. Puta si nosce cupias, quo gradu atnepos ab atavo dissitus sit, ab atnepote incipies, et sic ascendendo per ipsius patrem, avum, proavum, abavum usque ad atavum, qui communis est stipes, quinque inventis personis, ex quibus una demenda est, quatuor gradibus distare atnepotem ab atavo reperies. Idem est, si ordine inverso descendere cupias ab atavo ad ejus filium, nepotem, pronepotem, et abnepotem.

§. 730.

Contra in linea obliqua, seu collaterali primo ascendendum est ab uno eorum, de quorum cognatione quaeritur, usque ad communem stipitem, tum rursus descendendum a communi stipite ad alterum: ex quo fit, ut jure civili inspecto in linea transversa nullus sit primus gradus (1); cum enim ascendendum ad stipitem, postea descendendum sit, tres necessario inveniuntur personae, seu generationes; quarum una dempta (§. praeced.) duae supersunt; adeoque duo gradus.

(1) *Sed superior quidem et inferior cognatio a primo gradu incipit: ex transverso, sive a latere nullus est primus gradus; et ideo incipit a secundo. L.* 1. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 731.

Hinc patet, duos fratres duobus gradibus invicem distare; ut enim eorum distantia cognoscatur, in primis unus eorum ascendendo ad stipitem computandus est, tum stipes, demum ad alterum fratrem a stipite, seu ipsorum patre est descendendum: tres ergo sunt personae, seu generationes (eo saltem sensu, quod pater utrumque filium genuit): patrem deme, duae personae supersunt, adeoque duo gradus (1).

(1) *D.* §. 2. *inst. de gradib. cognationum, d. l.* 10. §. 13. *ff. hoc tit.*

§. 732.

Eadem ratione patrueles, sive filii duorum fratrum, quatuor gradibus invicem distant; quia primum ab uno fratris filio ad fratrem, deinde ad patrem ascendendum est, tum descendendum a patre ad alterum fratrem, et post ipsum ad filium alterius: quo facto quatuor personae, sive quatuor generationes dempto communi stipite deprehenduntur; adeoque quatuor graduum inter ipsos patrueles distantia: trium vero adhibita eadem regula inter patruum, et fratris filium (1).

(1) §. 4. *inst. de gradib. cognationum, d. l.* 10. §. 15. *versic. Eodem gradu sunt ff. hoc tit.*

§. 733.

Haec sunt nomina cognatorum in linea collaterali; in qua duplex potest considerari respectus, unus scilicet eorum, qui, licet ex transverso sint, tamen quasi parentum, et liberorum loco habentur, itaut unus videatur in linea ascendentium, alter in linea de-

scendentium: veluti patruus, idest patris frater, et ejusdem patris filius. Alter respectus eorum est, quorum uterque eadem omnino obliqua, ita dixerim, ratione se mutuo contingunt, quemadmodum duo filii diversorum fratrum. Primo ergo nomina referemus eorum, qui quasi parentum, et liberorum loco sunt, postea caeterorum.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 38. tit. 10. Cod. l. 5. tit. 4.

§. 734.

Jam supra (§. 730.) animadvertimus, in linea obliqua, seu collaterali jure civili inspecto primum gradum nullum esse, sed secundum tantum; in hac vero, quam nunc tractamus, personarum enumeratione, ne secundus quidem gradus invenitur, sed tantum tertius; necessario enim in hac computatione quatuor sunt personae: scilicet patruus, tum pater ipsius, communis omnium stipes, deinde alter frater, tum ipsius filius: dempto stipite, avi patre, et nepotis avo, tres supersunt personae, et tres gradus.

§. 735.

Primo ergo loco patruum cum nepote invenimus, tertio gradu invicem conjunctos. *Patruus* autem proprie est frater patris; *avunculus* speciali nomine est frater matris: sic et patris soror *amita* nominatur, soror autem matris *matertera* dicitur (1). Secundo loco est patruus magnus frater avi, avunculus magnus aviae matris frater, tum amita magna, et matertera magna, sive soror avi, et aviae, qui quatuor gradibus ab abnepote, vel abnepte distant (2). Quinto gradu sunt propatruus, et proavunculus, idest proavi frater, vel proaviae: proamita, et promatertera, sive proavi, et proaviae soror (3). Sextum gradum tenent abpatruus, et abamita, idest abavi frater, et soror: abavunculus, et abmatertera, nempe abaviae frater, et soror (4): et sic de reliquis est disserendum.

(1) §. 3. *inst. de gradib. cognat.* (3. 6.), *l.* 1. §. 5., *d. l.* 10. §. 14. *ff. hoc tit.*

(2) §. 4. *inst. de gradib. cognat.*, *d. l.* 10. §. 15. *ff. hoc tit. Si velis distantiam graduum a patruo magno ad abnepotem cognoscere, a patruo magno incipies, atque ad ipsius patrem ascendendo progredieris, tum descendens ad hujus filium, tum ad nepotem, demum ad abnepotem, de cujus cognatione cum patruo magno quaeritur; cum autem quinque personae sint, patruus magnus, avus, filius, nepos, abnepos, una dempta, scilicet avo stipite, quatuor supersunt personae, sive quatuor generationes, et proinde quatuor gradus.*

(3) §. 5. *inst. eod. tit.*, *d. l.* 10. §. 16. *ff. hoc tit.*

(4) §. 6. *inst. de gradib. cognationum*, *d. l.* 10. §. 17.

§. 736.

Nomina cognatorum in linea transversa, qui eadem prorsus ratione se mutuo respiciunt, haec sunt. Primo loco sunt fratres, et sorores, qui duobus gradibus, ut diximus, invicem distant (1). Secundo loco sunt fratrum, et sororum filii, qui quatuor gradibus remoti sunt; sicut enim in linea collaterali eorum, qui quasi parentum, et liberorum loco sunt, non reperitur minor distantia tribus gradibus; quia necessario reperiuntur quatuor personae (§. 734.); ita e converso in hac specie nullus est tertius gradus, sed tantum quartus, quia et hic omnino sunt quinque personae, nempe filius fratris, frater hujus pater, tum avus, deinde descendendo alter frater, tum ejus filius, a quibus avo dempto quatuor reliquae sunt personae, adeoque quatuor sunt gradus.

(1) §. 2. *instit. eod. tit.*, *d. l.* 10. §. 13. *ff. hoc tit.*

§. 737.

Generali nomine hi consobrini, vel consobrinae appellantur; sed specialiter consobrini dicuntur, qui ex duabus sororibus nati sunt, quasi diceres consororinos: qui autem ex duobus fratribus procreantur, proprie fratres patrueles, sive simpliciter patrueles dicuntur. Demum iis, qui ex fratre, et sorore ortum habent, amitinorum nomen est indictum (1).

(1) *D.* §. 4. *inst. de gradib. cognat.*, *d. l.* 10. §. 15. *ff. hoc tit.*

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 38. tit. 10. Cod. l. 5. tit. 4.

§. 738.

Tertium locum tenent filii consobrinorum, qui proprio speciali nomine, non amplius consobrini, vel consobrinae, sed sobrini, et sobrinae, nominantur (1); atque hi sexto gradu inter se distant: impares enim gradus in hac collateralium computatione non inveniuntur; quia non aliter locus esse potest inquisitioni de graduum computatione, quam si par numerus personarum ex utraque parte sit: quibus si stipes jungatur, ut fiat computatio personarum, iterumque dematur, ut gradus qualitas innotescat, par numerus semper invenietur.

(1) *D.* §. 6. *inst. de grad. cognat.* (3. 6.), *d. l.* 10. §. 16. *ff. hoc tit.*

§. 739.

Post hos sequuntur sobrinorum, vel sobrinarum filii, qui proprio nomine carent, atque octavo gradu invicem distant. Demum quinto loco enumerari possunt sobrinorum, vel sobrinarum nepotes, decimo invicem gradu remoti: ex quibus intelligitur, quid de aliis sentiendum sit (1).

(1) *D. l.* 10. §. *ult. ff. hoc tit.*

§. 740.

Enumeratis personarum gradibus juxta civilem computandi rationem, quae in successionibus obtinet, quippeque lege civili deferuntur, breviter demonstrandum est, qua ratione computatio fiat in jure canonico, quae attenditur, cum de gradibus cognationis relative ad matrimonium tractatur (1). Jam supra monuimus (§. 727.), eandem in utroque jure regulam observari in linea recta. Quae in collaterali jure civili observetur, mox tradidimus; jure autem pontificio distinguendum est, utrum de linea aequali, an potius inaequali agatur.

(1) *Fab. cod. de incest., et inutilib. nupt. lib.* 5. *tit.* 3. *def.* 6. *num.* 1. *in corp*

§. 741.

Pro linea aequali haec statuitur regula: *quot gradibus uterque distant a stipite, tot gradibus distant inter se* (1). Hinc duo fratres uno tantum gradu remoti sunt, quia filius a patre hoc tantum spatio sejungitur. Consobrini, qui civili jure in quarto gradu sunt, pontificio in secundo grado reperiuntur; quia in linea recta cum avo comparati, quasi nepotes, ab eo duobus distant gradibus. Sobrini, qui jure civili in sexto gradu sunt, tertio tantum secundum legis ecclesiasticae computationem dividuntur: atque sobrinorum filii in quarto, quos lex civilis in octavo gradu constituit: et simili modo de caeteris ratiocinandum est.

(1) *Cap. Quod dilectio* 3. *extra de consanguinit., et affinit.* (4. 14.)

§. 742.

Si autem de graduum computatione in linea transversa inaequali quaeratur, haec tenenda regula est: *quot gradibus distant remotior a communi stipite, totidem gradibus distant inter se* (1). Sic frater, et fratris filius, seu patruus, et nepos duobus inter se gradibus distant; quamvis enim patruus a communi cum nepotibus stipite, qui patrui pater est, nepotum vero avus, uno tantum gradu dissitus sit; quia tamen tota, quae inter ipsos est, conjunctionis ratio in ea fundatur, qua communi stipiti junguntur, nepotes vero in secundo gradu sunt eum stipite communi: idcirco, ne major sit vis effectui, quam caussae, duobus inter se distare gradibus dicimus. Eadem ratione patruus magnus, seu frater avi ab abnepote tribus distat gradibus, quamvis et ipse a patre suo, abnepotis vero abavo, uno tantum gradu sejungatur; quia totidem gradibus abnepos ab abavo dissitus est.

(1) *Cap. ult. extra de consanguinit., et affinit.* (4. 14.)

§. 743.

Allata mox exempla pertinent ad lineam collateralem, inspectis personis, quae quasi parentum, et liberorum loco sunt (§. 733.). Alia proferamus personarum, quae eadem

omnino ratione se se mutuo afficiunt, quales sunt consobrini, sobrini, horumque filii, vel nepotes. Nempe si consobrinus cum sobrino comparetur, tribus invicem gradibus dissitus deprehenditur; quamvis enim consobrinus a communi stipite, qui ipsius avus est, duplici tantum gradu sit remotus; quia tamen sobrinus ab eo, qui consobrini avus est, ipsius autem proavus, triplici distat gradu; triplici hinc gradu invicem distantes asserimus. Sic et sobrini cum aliorum sobrinorum filiis in quarto gradu sunt, atque in quinto cum nepotibus.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 38. tit. 10. Cod. l. 5. tit. 4.

§. 744.

Hinc patet, in hac specie cognationis lineae obliquae in tertio statim gradu esse, qui primum in computatione locum tenere possunt; consobrini nempe cum sobrinis comparati. In altera vero inaequali quoque linea, sed quae eos complectitur, qui imaginem quandam parentum, et liberorum habent, secundum inveniri gradum, qualis est patrui cum nepote. Demum in linea collaterali aequali etiam primum gradum secundum jus canonicum inveniri, prout in eo sunt duo fratres.

§. 745.

Explicatis, quae ad graduum enumerationem pertinent, videamus, quousque nuptiae in diversis gradibus, et lineis permittantur, vel prohibeantur. In linea recta, qua ascendentes, et descendentes continentur, secundum jus civile nuptiae in infinitum prohibentur, itant si Adam viveret, nulli posset uxori conjungi, nec Eva ulli viro (1): atque ideo incestae dicuntur nuptiae ascendentium, et descendentium (2). Jure autem canonico prohibitio nuptiarum ascendentes inter, et descendentes tantum intra quartum gradum expresse restricta est, sicut et statutum in linea collaterali (3), contra quam jure vetere obtineret, quo inspecto ad septimum gradum protendebatur (4).

(1) §. 1 *inst. hoc tit.*

(2) *Jure gentium incestum committit, qui ex gradu ascendentium, vel descendentium uxorem duxerit. L. ult. ff. de ritu nupt.* (23. 2.)

(3) *Prohibitio quoque copulae conjugalis quartum consanguinitatis, et affinitatis gradum de caetero non excedat; quoniam in ulterioribus gradibus jam non potest, absque gravi dispendio, hujusmodi prohibitio generaliter observari. Cap. Non debet* 8. *extra de consanguinit., et affinit.* (4. 14.)

(4) *Cap.* 1., *cap. Nullum* 7. *caus.* 35. *quaest.* 2.

§. 746.

An autem naturali jure conjugium vetitum sit ascendentes inter, et descendentes in infinitum, quidam affirmant, negant alii. Qui affirmant, hoc utuntur argumento. Nuptiae naturali jure prohibentur inter parentes, et liberos: ascendentes autem, quocumque distent gradu, parentes vere sunt, et descendentes vere liberi. Interdictum ergo debet esse inter ipsos matrimonium. Addunt, summos Pontifices in hac linea nunquam dispensasse. Qui negant (1), fatentur, imaginem quandam adhuc esse parentum, et liberorum; sicut et consanguinei in linea obliqua speciem praeseferunt fratrum, et sororum. Sed, cum imago haec remota, et fictione potius inducta sit, nuptiarum honestati non repugnare, contendunt; quamquam honestius esse consentiunt, si ab hujuscemodi conjugiis abstineatur; cum in conjunctionibus pudor maxime inspiciendus sit (2): nec nisi ex maxima caussa permitti debeant; quo factum est, ut nunquam concessa fuerit dispensatio ab ecclesia.

(1) *Inter quos S. Thomas in* 4. *sentent. distinct.* 40. *quaest.* 1. *art.* 3., *et S. Bonaventura.*

(2) *L. Adoptivus* 14. §. *Serviles quoque* 2. *ff. de ritu nuptiar.* (23. 2.)

§. 747.

Quod pertinet ad nuptiarum prohibitionem in linea collaterali, severiores quoque videntur leges civiles, si de iis personis sermo sit, quae parentum, et liberorum imaginem

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 38. tit. 10. Cod. l. 5 tit. 4 referunt, indulgentiores vero quoad alios: scilicet nuptias prohibuerunt cum amita magna, imo et matertera magna, quamvis tantum per adoptionem conjunctae sint (1). Contra duorum fratrum, vel sororum liberos simul conjungi permiserunt (2), et nuptiarum prohibitionem dumtaxat coarctarunt inter fratrem, et sororem, sive eodem patre, eademque matre nati fuerint, sive ex altero eorum (3).

(1) *Amitam quoque, et materteram, item magnam quoque amitam, et materteram magnam, prohibemur uxorem ducere: quamvis magna amita, et matertera quarto gradu sint. Utique autem amitam, et amitam magnam prohibemur uxorem ducere, etsi per adoptionem nobis conjunctae sint. L. Per adoptionem* 17. §. *ult. ff. de ritu nupt.* (23. 2.), §. *Item amitam* 5. *instit. hoc tit.*

(2) *Duorum autem fratrum, vel sororum liberi, vel fratris et sororis, conjungi possunt.* §. 4. *inst. hoc tit., l. Si nepotem* 3. *ff. de ritu nupt.*

(3) §. *Inter eas* 2. *inst. hoc tit.*

§. 748.

Verum ecclesiae leges nullum discrimen constituunt inter consanguineos in linea collaterali positos, atque in quarto gradu inclusive prohibitionem, quae olim ad septimum usque protendebatur (§. 745.) concluserunt (1). Hic in memoriam revocandum est, quod supra tradidimus (§. 742.), in linea transversa inaequali computationem fieri a remotiore. Quare etiamsi unus eorum, de quorum cognatione quaeritur, in primo gradu sit, puta propatruus, si alter sit in quinto gradu, eo ipso cessat legis ecclesiasticae prohibitio: itaut nulla opus sit dispensatione (2).

(1) *Cap. Non debet* 8. *extra de consanguinit., et affinit.* (4. 14.)

(2) *Cap. ult. eod. tit. Si tamen petatur dispensatio in aliis gradibus, non tantum remotior gradus, sed et proximior exprimendus est, ut plures SS. Pontifices decreverunt; S. Pius V. constitutione* Sanctissimus, *Urbanus VIII., et Innocentius X. ambo in Brevi* Alias pro parte; *quia facilius, vel difficilius conceditur dispensatio, prout alteruter ex gradibus remotior est, vel proximior.*

§. 749.

Disputant et hic interpretes, an in linea obliqua jure naturali prohibeatur matrimonium, et quousque. Communior eorum sententia est, qui, in primo tantum gradu prohibitionem vigere, putant, quae etiam speciali Dei dispensatione ex singularibus adjunctis, veluti in protoparentum filiis contigit, tolli possit: sane, in hoc gradu nuptias naturae jure interdici, probat naturalis honestas, et pudor, cui adversari videtur conjugii actus; utpote qui turpitudinem quandam post labefactatam originis peccato hominis naturam praesefert (1). Hinc apud omnes fere gentes, eas praecipue, quae scientias vel leviter excoluere, vel morum honestatem sectati sunt, haec prohibitio vignit.

(1) *Dixi, inesse hic turpitudinem quandam post peccatum; secluso enim protoparentum scelere nulla fuisset in homine concupiscentia: ut ex eo patet, quod nudi incederent sine probro in statu innocentiae protoparentes, tantumque de hoc erubuerunt post peccatum, seu, ut loquitur sacer textus:* cognoverunt se esse nudos: *Genesis cap.* 3. *versic.* 7. *Quare in statu innocentiae ne inter fratres quidem, et sorores nuptiae prohibitae fuissent. Dispensatio ergo necessaria fuit ex hominis facto, non ex ipsa rerum constitutione a Deo ordinata.*

§. 750.

Si vero de gradibus remotioribus sermo sit, cum longe minus adversentur corporum commixtioni naturalis pudor, et mutua personarum reverentia, etiamsi non omnino naturali honestati consentaneae hujusmodi nuptiae videantur, ex justa tamen, et legitima caussa permitti posse, nemini dubium est, quemadmodum indistincte jus civile permisit (1).

(1) §. *Duorum* 4. *inst. hoc tit.*

§. 751.

Utramque conclusionis partem plene probant duo juris capita. Primum est Innocentii III. (1), alterum Tridentini Concilii (2). Tradit ille, infideles, qui post contractum matrimonium in secundo, vel ulteriori gradu ad fidem convertuntur, non esse separandos, quia legibus ecclesiae non adstringuntur. In secundo gradu, et ulteriori separandi non sunt; ergo a contrario sensu in primo separandi essent; et quidem ex naturae jure, non ecclesiae a quo solutos infideles docet; quos ideo in secundo gradu conjunctos permanere, constituit.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 38. tit. 10. Cod. l. 5. tit. 4.

(1) *In cap. Gaudemus 8. extra de divortiis.* (4. 19.)
(2) *Sess. 24. de reform. matrim. cap.* 5.

§. 752.

Tridentini autem Sacrosancti Concilii patres praecipiunt, ut in secundo gradu vix dispensatio concedatur; et nonnisi inter magnos Principes atque ob publicam caussam. Vix ergo in secundo gradu ex maxima caussa conjugium permitti potest: hinc merito infertur, in primo gradu dispensari non posse, naturae lege prohibente: in secundo autem minus conveniens honestati conjugium est, unde fiat, ut nonnisi ex peculiaribus, et gravioribus adjunctis permittendum sit.

§. 753.

Sequitur cognatio spiritualis, quae ex collatione baptismatis, aut confirmationis, vel susceptione in utriusque sacramenti collatione contrahitur; quia et hic imago quaedam est generationis (§. 722.): unde merito nuptiarum prohibitionem ecclesia induxit (1). Nulla vero oritur ex aliis sacramentis cognatio (2); quia generationis nulla est imago.

(1) *Cap.* 1., *et passim caus.* 30. *qu.* 3., *cap.* 1., *cap. Contracto* 5. *et* 6. *extra de cognat. spirituali.* (4. 11.)
(2) *Cap. ult. eod. tit. in* 6. (4. 3.)

§. 754.

Triplex antiquo jure erat spiritualis cognatio, paternitas, compaternitas, et confraternitas. Paternitas ea est, quae obtinet inter confirmantem, aut baptizantem, ejusque uxorem, et confirmatum, vel baptizatum: atque insuper inter suscipientes, eorumque conjuges; et baptizatum, seu confirmatum; quia tum baptizans, aut confirmans, tum suscipiens in utroque sacramento vicem quandam patris tenet (1)

(1) *Cap.* 1. *extra de cognat. spirit. in* 6. (4. 3.), *cap.* 1. 2. 5. *caussa* 30. *quaest.* 1., *cap.* 1. *caussa* 30. *qu.* 3.

§. 755.

Compaternitas est cognatio, quae contrahitur ex una parte inter parentes naturales baptizati, vel confirmati, atque inter baptizantem, vel confirmantem, et suscipientes ex altera (1). Compatres sunt, seu una, et simul patres, videlicet generatione carnali in illis, spirituali in istis.

(1) *D. Cap.* 1. *de cognat. spirit. in* 6., *cap. Si quis* 3. *caus.* 30. *quaest.* 4.

§. 756.

Demum cognatio spiritualis confraternitatis ea est, quae reperitur inter baptizatum, vel confirmatum ex una parte, et filios legitimos, et naturales baptizantis, confirmantis, atque suscipientium ex altera (1).

(1) *Cap. Super eo* 3., *cap. Tua nos* 7. *extra de cognat. spirit.* (4. 11.), *cap. Placitum* 2., *cap. Non oportet* 3. *caus.* 30. *quaest.* 3., *l. Si quis alumnam* 26. *in fine cod. hoc tit.*

§. 757.

Haec jure vetere obtinebant. Verum Tridentinum Concilium, ut peccatis, et pluribus incommodis obviam iret, confraternitatis spiritualis impedimentum omnino sustulit: duabus vero aliis modum indixit; itaut hodie nulla amplius contrahatur cognatio inter su-

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 38. tit. 10. Cod. l. 5. tit. 4.

scipientes (1); neque inter uxorem baptizantis, vel suscipientis cum baptizato, ejusque patre (2), sed tantum: 1. A baptizante, vel confirmante cum baptizato, vel confirmato: 2. A suscipientibus cum eodem baptizato, vel confirmato: 3. Ab iisdem suscipientibus cum parentibus baptizati, vel confirmati: 4. Demum a baptizante, vel confirmante cum ejusdem baptizati, vel confirmati parentibus (3).

(1) *Cap. Quod autem* 5. *caus.* 30. *quaest.* 5.
(2) *Cap. Martinus* 4. *extra de cogn. spirit.* (4. 11.)
(3) *Conc. Trident. sess.* 24. *de reformat. matrim. cap.* 2.

§. 758.

Cognatio autem haec ex communi opinione non oritur ex baptismo, vel confirmatione nullis, et irritis; quia tunc nulla contingit spiritualis generatio, aut vitae spiritualis perfectio; quamvis necesse non sit, ut sacramenta haec solemniter conferantur ad cognationem inducendam; quippe sine solemnitatibus non desinit fieri spiritualis hominis ad vitam generatio, vel confirmatio, quae hujusce cognationis caussa sunt.

§. 759.

Superest de cognatione legali, seu civili disserendum, quae ex adoptione proficiscitur, et naturam quoque imitatur. Nuptiae ex adoptione prohibentur in linea recta: 1. Inter parentes, et liberos, sive durante, sive etiam finita adoptione (1): 2. Inter eos, qui parentum, et liberorum loco sunt, veluti noverca, et privignus, socer, et nurus (2): idem dicendum de patris adoptivi matre (3), ex honestate, quamvis per adoptionem agnata facta non sit (4); 3. inter filios naturales, et legitimos patris adoptivi, et filias ab eodem adoptatas, durante tamen adoptione (5); hac enim per emancipationem soluta, solvi quoque cognationem, Romanis placuit: nec in linea collaterali nuptiis obstare, videtur naturalis honestas, quae in linea recta, ex qua statutum fuit, manere prohibitionem, dissoluta licet adoptione.

(1) *Et haec adeo vera sunt, ut quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse coeperint, non possint inter se matrimonio jungi: in tantum, ut etiam dissoluta adoptione, idem juris maneat. Itaque eam, quae tibi per adoptionem filia vel neptis esse coeperit, non poteris uxorem ducere, quamvis eam emancipaveris.* §. 1. *inst. hoc tit.*, *l.* 14. *princip*, *et* §. 1. *ff. de ritu nuptiarum.* (23. 2.)
(2) *L. Adoptivus* 14. §. *Nam videamus* 4. *ff. eod. tit.*
(3) *L. Quin etiam* 55. §. 1. *ff. eod.*
(4) *L. Qui in adoptionem* 23. *ff. de adopt.* (1. 7.)
(5) §. *Inter eas quoque personas* 2. *inst. hoc tit.*

§. 760.

Verum non contrahitur legalis cognatio, quae matrimonium impediat, inter ipsos filios adoptivos; tum quia ne quidem cognatio spiritualis ulla est inter filios ejusdem patris spiritualis, qui tamen magis conjuncti invicem videntur (1); tum quia neque in jure civili, neque in jure canonico de hac cognationis specie fit mentio. Neque 2. oritur cognatio haec inter adoptantem patrem, et adoptivi filii parentes. Neque 3. inter filios adoptivos, et filias illegitimas patris adoptantis, sicut nec inter filiam illegitimam adoptati, et patrem adoptantem, vel legitimos ejus liberos; illegitimi enim non subjiciuntur patriae potestati (2), qua cessante cessare quoque debet legalis cognatio (3). Hine potiori ratione nullo cognationis vinculo detinentur filii duorum fratrum adoptivorum, aut filii legitimi, et naturales patris adoptantis cum adoptivorum filiis, neque enim cognatio haec juris fictione inducta ultra terminos a jure praestitutos extendenda est.

(1) *Argum. cap.* 1. *caus.* 30. *quaest.* 3.
(2) §. *Si adversus* 12. *inst. hoc tit.*
(3) *Cap. Per adoptionem* 6. *caus.* 30. *quaest.* 3., *d.* §. *Inter eas* 2. *inst. hoc tit.*

§. 761.

Ergo nuptiae ex cognatione legali tantum prohibentur in linea recta, sive duret adoptio, sive per emancipationem soluta sit: in linea vero transversa cognatio tantum obtinet in primo gradu, et quidem manente adoptione, itaut ea soluta nuptiae licite contrahantur (1).

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 38. tit. 10. Cod. l. 5. tit. 4.

(1) *D. §. 1. et 2. inst. hoc tit.*

ARTICULUS II.

De impedimento affinitatis, et publicae honestatis.

SUMMARIA.

Affinitas est vinculum personarum ex justa, vel injusta copula proveniens. Explicatur definitio. §. 762.

Unde dicti affines? Duplex in affinitate est linea. §. 763.

Quinam contineantur in linea recta? §. 764.

Qui sint in linea transversa, et quo gradu distent? §. 765.

Affinitas ex matrimonio proveniens intra quartum gradum nuptias prohibet; intra secundum altera. §. 766

Quo gradu quis mulieri conjunctus est consanguinitate, eodem conjunctus est affinitate viro, et vicissim. §. 767.

Jure ecclesiastico affinitas durat solutis nuptiis. Quid de jure civili? §. 768.

Viri et uxoris cognati affines non sunt. Consectaria hujus assertionis. §. 769.

Jure civili inter eas personas, quae parentum, et liberorum loco sunt, nuptiae omnino prohibentur sub poena incestus jure gentium. §. 770.

Affinitas ex copula illicita jure naturae in quocunque gradu, et linea nuptias non irritat. §. 771.

Respondetur S. Gregorio, ex quo nulli christianorum licet, eam ducere, quam consanguineus illicita pollutione maculavit. §. 772.

Jus naturae non prohibet nuptias inter affines, ex justo matrimonio, lineae collateralis in primo gradu. §. 773.

Quidam putant, in primo gradu lineae rectae affinitatis jure naturali irritari conjugium. Afferuntur eorum argumenta. §. 774.

Alii parum convenientes honestati has nuptias fatentur, non vero nullas putant. §. 775.

Testimonia S. Scripturae explicant de mulieribus adhuc nuptis. §. 776.

Textum Levitici de honestate naturali interpretantur, quae tamen conjugium non irritet. §. 777.

Sacros canones intelligunt de nuptiis christianorum ab ecclesia prohibitis. §. 778.

Impedimentum publicae honestatis oritur ex matrimonio rato, atque ex sponsalibus. §. 779.

Jure novo ex matrimonio etiam nullo proveniens, dummodo non nullo ex defectu consensus, conjugium irritat ad quartum gradum: ex sponsalibus validis ad primum. §. 780.

§. 762.

Cognationi proxima est affinitas, quae definiri potest: *vinculum personarum ex justa, vel injusta copula proveniens.* Ex carnis conjunctione affinitas oriri dicitur, et commixtione perfecta (1), itaut ex ipso matrimonio, sed rato tantum, non consummato, oriatur quidem impedimentum publicae honestatis, non vero affinitatis. Addimus ex copula licita, vel illicita; canones enim ex utraque affinitatem oriri decernunt (2); in quo

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 38. tit. 10. Cod. l. 5. tit. 4.

non dissentiunt a legibus civilibus; quamvis enim in jure civili affinitatem non oriri dicatur, ubi nuptiae non sunt (3), haec tamen definitio successionibus, aliisque affinitatis effectibus civilibus tantum accommodanda est, veluti tutelia, immunitate a dicendo testimonio (4): non vero nuptiis, in quibus ex ipso Romano jure honestas semper prae oculis haberi debet (5); maxime quia eodem jure traditur, ex illicitis conjunctionibus nihilominus cognationem oriri, quam ex legitimis (6).

(1) *Cap. extraordinaria* 11. *caus.* 35. *quaest.* 3., *cap. Discretionem* 6. *extra de eo, qui cognovit consanguin.* (4. 13.)

(2) *Cap. Fraternitati* 7., *cap.* 8. *et* 10. *eod. tit*

(3) *Sciendum est, neque cognationem, neque adfinitatem esse posse, nisi nuptiae non interdictae sint, ex quibus adfinitas conjungitur. L. Non facile* 4. §. *Sciendum* 8. *ff. hoc tit.*

(4) *L. Jurisconsultus* 10. *ff. eod. tit.*

(5) *Semper in conjunctionibus non solum, quid liceat, considerandum est, sed et quid honestum sit. L. Semper* 197 *ff. de reg. jur.*

(6) *Et nihil interest, ex justis nuptiis cognatio descendat, an vero non; nam et vulgo quaesitam sororem quis vetatur uxorem ducere. L. Et nihil* 54. *ff. de ritu nuptiarum.* (23. 2.)

§. 763.

Affines ergo, ita dicti, quod duae cognationes prius diversae junguntur, et altera ad alterius fines accedit, sunt viri, et mulieris cognati, seu consanguinei (1). Atque hic, quemadmodum in cognatione, duplex quoque linea est, recta, et transversa, seu collateralis.

(1) *L. Non facile* 4. §. *Sed quoniam* 3. *ff. hoc tit.*

§. 764.

In linea recta sunt: 1. Socer, et socrus, gener, et nurus: item vitricus, idest matris meae alter maritus, et noverca, scilicet patris mei altera uxor: filii vero privigni, filiae privignae ratione vitrici, et novercae nominantur. 2. Socer magnus, vel prosocer, socrus magna, vel prosocrus, idest mariti, vel mulieris avus, aut avia, et infra sunt progener, et pronurus, et sic deinceps (1).

(1) *D. l.* 4. §. *Et quidem* 6. *Nec nocet, quod ex Paulo traditur in d. l.* 10. §. *Gradus* 5. *ff. hoc tit., nullos esse affinitatis gradus; nam de gradibus proprie dictis intelligendus est jureconsultus; quia nulla hic est generatio, ex qua ascendi, et descendi possit, quemadmodum in cognatione contingit. Caeterum, quosdam quasi gradus esse ad exemplum cognationis, vel ipsae Romanae leges agnoscunt, atque idem Paulus, cum socerum, et prosocerum, generum, et progenerum commemorat in d. l.* 4. §. 6.

§. 765.

In linea vero transversa in primo gradu sunt *levir*, idest frater mariti, vel uxoris: *glos*, idest soror alterutrius: *fratria*, vel fratrissa, aut cognata, scilicet uxor fratris: *sororius*, sive maritus sororis: uxores duorum fratrum *janitrices* nominantur, quasi per eandem forte januam intrantes, vel eandem januam terentes (1).

(1) *Cap. Quod autem frater* 5. *caus.* 35. *quaest.* 5., *d. l.* 4. §. 6. *ff. hoc tit.*

§. 766.

Quod pertinet ad nuptiarum prohibitionem, eadem hic regula observatur, si de affinitate ex legitimo matrimonio proveniente sermo sit, quae in consanguinitate; scilicet ut intra quartum gradum inclusive nuptiae prohibeantur (1). Si autem ex illicita copula orta affinitas sit, nuptiarum prohibitionem intra secundum gradum inclusive coercuit Tridentina Synodus (2).

(1) *Prohibitio quoque copulae conjugalis quartum consanguinitatis, et adfinitatis gradum de de-caetero non excedat. Cap. Non debet* 8. *extra de consanguinit. et adfinit.* (4. 14.)

(2) *Sess.* 24. *de reformat. matrim. cap.* 4.

§. 767.

Ut gradus affinitatis cognoscantur, haec vulgo regula traditur: *Quo gradu consanguinitatis quis junctus est viro, eodem gradu affinitatis mulieri junctus est, et vicissim: quo gradu consanguinitatis junctus est mulieri: eodem affinitatis gradu junctus est viro.* Hinc in linea recta socer cum genero, et nuru est in primo gradu; quia eodem gradu distat a filio, vel filia. Eadem ratione socer magnus, seu prosocer duobus gradibus a progenero, vel pronuru dissitus est; quia totidem gradus sunt inter ipsum, et nepotem, vel neptem; et ita deinceps ratiocinandum. In linea vero transversa levir, et glos uno gradu disjunguntur a viro sororis, vel uxore fratris; quia frater a fratre uno gradu dissitus est jure canonico inspecto.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 38. tit. 10. Cod. l. 5. tit. 4.

§. 768.

Quae de nuptiarum inter affines prohibitione diximus, jure canonico obtinent, sive dissolutum sit illud matrimonium, ex quo affinitas ortum habuit, sive adhuc perduret (1), et merito; cum enim eo inducta sit affinitas fundamento, quod, cum vir, et uxor una caro fiant, proprii utrinsque conjugis consanguinei inde cognati fieri debeant: quemadmodum nec morte illius, qui cognationi caussam dedit, cognatio solvitur, ita nec solvi debet affinitas. Jure vero civili Romanorum affinitatem solvi, probabilius est; saltem, si liberi non supersint, eadem fere ratione, ac cognatio legalis solvitur, si adoptio solvatur; licet matrimonium adhuc prohibitum fuisset in linea recta, non sane ob affinitatem, sed ex reverentia (2); secus ac in transversa, ubi eadem pudoris ratio militare non videtur (3).

(1) *Cap.* 1., *cap. Non debet* 8. *extra de consanguinit. et adfinit.* (4. 14.) *cap.* 1. *caus.* 30. *quaest.* 10.

(2) §. *Adfinitatis* 6., §. *Socrum quoque* 7. *inst. hoc tit.*

(3) *Vide Vin. in instit. hoc tit. ad* §. 6. *num.* 7.

§. 769.

Caeterum omnes consentiunt, cognatos viri, et uxoris nullam inter se contrahere affinitatem. Quare nihil vetat, quominus comprivigni inter se contrahant matrimonium, licet habeant fratrem, vel sororem ex matrimonio postea contracto natos (1). Item potest pater, viduam ducere, et filius ejusdem viduae filiam, et e converso: sicut et duo fratres duabus sororibus conjungi possunt; atque demum nihil impedit, quin ex duobus viris alter ducat filiam ejus, qui prius ipsiusmet filiam matrimonio sibi junxerat (2). Atque hoc est, quod dici solet: *affinitas non parit affinitatem*; licet vetere jure aliud obtineret (3).

(1) §. *Mariti* 8. *instit. hoc tit.*, *l. Generali* 34. §. *Inter* 2. *ff. de ritu nuptiarum* (23. 2.), *l. Titia* 134. *ff. de verb. obligat.* (45. 1.)

(2) *L. Jurisconsultus* 10. §. 14. *ff. hoc tit.*, *cap. Quod super* 5. *extra de consanguinit. et adfinit.* (4. 14.)

(3) *Cap.* 1. *caus.* 30. *qu.* 10.

§. 770.

Utrum prohibitio nuptiarum inter affines ad naturae jus referenda sit, itaut ne quidem summus Pontifex dispensare possit, an vero ad humanas leges, acriter disputant interpretes, et in diversas abeunt sententias. Si credimus Papiniano, saltem inter eas personas, quae parentum, et liberorum loco sunt, sicuti noverca, et privignus, socer, et nurus, nuptiae jure naturae interdicuntur; cum tradat jureconsultus, in his incestum jure gentium committi (1)

(1) *Noverca privigno, nurus socero pecuniam dotis nomine dedit, neque nupsit. Cessare condictio prima facie videtur; quoniam jure gentium incestus committitur. L. ult.* §. 1. *ff. de condict sine caussa.* (12. 7.)

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 38. tit. 10. Cod. l. 5. tit. 4.

§. 771.

Certum videtur, affinitatem, quae ex copula illicita oritur, nullum de jure naturae parere conjugio impedimentum in quocunque gradu, sive de linea obliqua sermo sit, sive etiam de linea recta; prohibitio enim conjunctionis inter ascendentes, et descendentes ex eo potissimum oritur, quod conjunctio haec adversetur reverentiae, quam, natura suadente, descendentes ascendentibus debent; nulla autem debetur reverentia mulieri, quam pater extra legitimas nuptias cognovit. Unde, conjugium permitti in hac specie inter affines transversales, potiori ratione infertur. Fatendum tamen, naturali pudori, et honestati haec non omnino consentanea esse.

§. 772.

Neque aliud docet S. Gregorius, eum ait, nulli christianorum licere, eam in conjugem ducere, quam aliquis ex propria consanguinitate illicita pollutione maculavit; quia incestuosus sit talis coitus, et abominabilis Deo, et cunctis hominibus (1); quandoquidem Gregorius ita disserit, posita ecclesiae prohibitione, veluti ex eo colligitur, quod de christianis tantum verba facit.

(1) *Cap. Nec eam* 10. *caus.* 35. *qu.* 2. *et* 3.

§. 773.

Certum quoque videtur, jure naturae non prohiberi matrimonium inter affines in primo gradu lineae collateralis; tanta enim non est mutua, quam sibi affines debent, reverentia, ut nullum consistere possit inter ipsos matrimonium. Imo non solum permissum, sed et praeceptum invenimus in lege Mosaica a Deo ipso, ut frater duceret uxorem fratris sui sine liberis defuncti (1): aliaque suppetunt exempla in sacris litteris nuptiarum inter affines primi gradus contractarum: veluti Jacob eum duabus sororibus Lia, et Rachele (2), et Judae, qui eidem mulieri duos fratres junxit (3). Merito ergo Innocentius III. infidelibus ad fidem conversis sensit concedendum, ut viduas relictas a suis fratribus, quas matrimonio sibi junxerant, possent, tanquam legitimas uxores retinere (4).

(1) *Deuteronomii cap.* 27.

(2) *Genesis cap.* 29.

(3) *Genesis cap.* 38.

(4) *Propter infirmitatem .... concedimus, ut matrimoniis contractis cum relictis fratrum utantur. Cap. ult. extra de divortiis.* (4. 19.)

§. 774.

Gravior est difficultas, an affinitas orta ex matrimonio illud dirimat jure naturali in primo gradu lineae rectae ascendentium, et descendentium. Affirmantium opinio, fundamentum habere, videtur, tum in sacris litteris, tum et in ecclesiae definitionibus. *Turpitudinem matris tuae, et uxoris patris tui non discooperies*, ait sacer textus (1). Jacob Ruben filio suo primogenito maledixit, quia dormiisset cum Bala noverca sua (2). Tanquam enorme scelus refert Amos, quod pater, et filius eandem mulierem cognoverint (3). Demum Apostolus gravissime increpat eum, qui uxorem patris sui habebat (4). Quibus et adjungi potest objurgatio Herodi facta a S. Joanne Baptista, quia fratris sui uxorem retineret (5). Ex sacris vero ecclesiae decretis eadem severitate prohiberi videtur conjugium inter affines in linea recta in primo gradu, atque inter consanguineos (6).

(1) *Levitici cap.* 18.

(2) *Genesis cap.* 49.

(3) *Amos cap.* 2.

(4) *Omnino auditur inter vos fornicatio .., qualis nec inter gentes, itaut uxorem patris sui aliquis habeat. Epis.* 1. *ad Corinth. cap.* 5. *versic.* 1.

(5) *Matthaei cap.* 14. *versic.* 3.

(6) *Cap. De propinquis* 3, *cap. Æqualiter* 13. *caus.* 35. *quaest.* 3., *cap.* 1. *extra de consanguinitate et adfinitate.* (4. 14.)

§. 775.

Qui contrasentiunt, fatentur quidem, parum convenire honestati, quae in conjunctionibus potissimum spectanda est, hujusmodi conjugia: unde vix, ac ne vix quidem permitti unquam debeant. Verum, si forte contrahantur, tam stricte opposita juri non esse, contendunt, ut nulla dicenda sint: ea moti ratione, quod tanta non sit reverentia, qua affines, de quibus agimus, invicem adstringuntur, ut conjugium inter ipsos subsistere nequeat; siquidem pudor ille, et reverentia in linea recta consanguinitatis fundamentum habeat in relatione, quam alter ad alterum habet generantis, et geniti; quae relatio fictione potius obtinet inter affines.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 38. tit. 10. Cod. l. 5. tit. 4.

§. 776.

Iis vero, quae ex sacris litteris afferuntur, respondent, ubique agi de personis, quae affinibus mulieribus junctae essent, cum adhuc viverent earum viri quemadmodum passim explicant interpretes.

§. 777.

Quod pertinet ad prohibitionem, quae in Levitico continetur, animadvertunt, aliam afferri rationem, cum prohibentur nuptiae filii cum matre, quam, cum novercae, et privigni conjugium interdicitur: *turpitudinem matris tuae non discooperies, mater tua est* (1), ita de consanguineis dicitur: de noverca vero ait Moyses: *turpitudinem uxoris patris tui non discooperies; turpitudo enim patris tui est* (2). Unde inferunt, potius ob reverentiam patri debitam vetitum esse, ne noverca in uxorem ducatur; cui tanta non videtur fieri injuria per hujusmodi conjugium, ut jure naturae irritum esse debeat.

(1) *D. cap.* 18. *Levitici versic.* 7.

(2) *Ibid. versic.* 8.

§. 778.

Sacros vero canones de christianorum conjugiis interpretantur, inter quos nemini dubium est, quin aeque prohibeantur nuptiae affinium, atque consanguineorum, a quibus tamen ad infidelium matrimonia argumentari non licet; isti quippe legibus ecclesiae non subjiciuntur.

§. 779.

Publicae honestati impedimentum ex sponsalibus, vel matrimonio rato proficiscitur (1). Antiquo jure impedimentum hoc ad quartum usque gradum potendebatur, sive ex sponsalibus, sive ex matrimonio rato originem habuisset (2), et oriebatur ex quibuslibet sponsalibus de futuro, vel de praesenti, quamvis nulla fuissent, dummodo non essent invalida ex defectu consensus (3).

(1) *Cap. Si quis desponsaverit* 11., *cap. Si quis uxorem* 14. *caus.* 27. *quaest.* 2., *cap. Juvenis* 3., *cap.* 4., *cap. Sponsam* 8. *extra de sponsalib.* (4. 1.)

(2) *D. cap.* 8. *de sponsalib.*

(3) *Cap. unic. de sponsalib. in* 6. (4. 1.)

§. 780.

Jure novo a Concilio Tridentino inducto nihil quidem immutatum, quod pertinet ad hoc impedimentum ex matrimonio rato proveniens, adeoque adhuc contrahitur, quamvis nullum sit matrimonium, puta ob consanguinitatem, vel affinitatem, dummodo consensus non abfuerit (1). Sed si de sponsalibus quaestio sit, intra primum gradum prohibitionem nuptiarum coercuerunt ejusdem Concilii patres, insuper decernentes, ne ex sponsalibus quacumque ratione invalidis impedimentum publicae honestatis amplius contrahatur: atque ita jus a Bonifacio VIII. inductum emendatum est (2).

(1) *D. cap. unic. de sponsalib. in* 6.

(2) *Concil. Trident. sess.* 24. *de reform. matrim. cap.* 3.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod l. 5. tit 4.

ARTICULUS III.

De impedimento ex crimine, vel religionis disparitate.

Instit. lib. 1. tit. 10. *De nuptiis.*
Digest. lib. 23. tit. 2. *De ritu nuptiarum.*
Cod. lib. 5. tit. 4. *De nuptiis.*

SUMMARIA.

Criminis matrimonium irritantis nomine intelligimus homicidium, adulterium, et raptum. Ex homicidio, et adulterio quadruplici modo irritari potest matrimonium. §. 781.

1 Ex solo homicidio alterutrius conjugis irritatur matrimonium, si vir, et mulier ad mortem concurrant: mors revera sequatur et inferatur ad contrahendum matrimonium §. 782.

Quomodo contrahatur impedimentum ex homicidio simul, et adulterio? §. 783.

Ex adulterio secundum Romanas leges indistincte contrahebatur: ecclesiastico jure requiruntur quatuor conditiones §. 784.

Referuntur quatuor memoratae conditiones. §. 785.

Quomodo contrahatur ex adulterio cum matrimonio postea contracto? §. 786.

Impedimentum criminis a jure tantum ecclesiastico profluit. Hinc infideles conversi ejus conscii non separantur. §. 787.

Raptus est violenta abductio foeminae matrimonii contrahendi caussa. Abductio est traductio de loco ad locum. §. 788.

Violenta esse debet abductio: talis est ex gravi metu, et minis; non ex blanditiis. §. 789.

Nihil hic interest, an virgo, an alia quaecumque foemina abducatur. §. 790.

Si abductio alio fine fiat, quam matrimonii, jure civili poena raptus forte punitur, sed jure ecclesiastico non irritat conjugium. §. 791.

Referuntur diversae interpretum juris civilis, et canonici, tum istorum inter se diversae sententiae in hoc argumento. §. 792.

Quinque quaestiones dirimendae proponuntur. §. 793.

Conciliari posse videntur diversae opiniones, si distinguatur inter leges civiles, quoad poenam raptus: et ecclesiasticas, quoad prohibitionem matrimonii. §. 794.

Raptus proprie non est, ubi tantum interveniunt preces importunae, vel blanditiae. §. 795.

Precibus importunis, illecebris, blanditiis non tollitur libertas, nec graviter minuitur. §. 796.

Respondetur Gratiano, ex quo, qui mulierem seduxit, eam non potest habere in uxorem. In seductione est dolus, et error: non autem raptus. §. 797.

Raptor hic subjicitur poenis civilium legum. Quin etiam raptus est, si mulier ante dissentiens post consenserit. §. 798.

Si mulier consentiens rapiatur, sed invitis parentibus, tutoribus, vel curatoribus, jure canonico distinguendum est. §. 799.

Raptus non est, quoad matrimonii validitatem. §. 800.

Sed poenis ecclesiastico jure praestitutis contra raptores subjicitur. §. 801.

Gravius punitur, qui invitam, quam, qui volentem invitis custodibus abducit. §. 802.

Cum parentes tantum, vel tutores inscii sunt, nec canonico, nec civili jure raptus est. §. 803.

Jure Romano ob parentum dissensum puellae volentis abductio raptus est: quo jure sine parentum consensu nulla vulgo creduntur matrimonia §. 804.

Sed quia levius delinquit, qui parentibus tantum invitis injuriam facit, ideo mitius punitur; nisi concurrant circumstantiae aggravantes. §. 805.

Quod de parentibus dicitur, idem fere dicendum de tutoribus, vel curatoribus; quia tamen levior injuria est, levius quoque coercetur. §. 806.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4.

Nec crimen, nec poenam raptus incurrit ex Fabro, qui puellam ducit invito curatore, ex consensu tamen proximiorum. § 807.

An abductio violenta sponsae raptus sit, triplex est sententia. §. 808.

Quidam affirmant et probant, tum ex Justiniano, tum ratione, quia per sponsalia plenum jus non acquiritur. §. 809.

Quidam negant, et nituntur triplici juris canonici capite. §. 810.

Refertur sententia eorum, et argumenta, qui distinguunt, an sponsa justam habuerit recedendi caussam a sponsalibus, necne. §. 811.

Adhuc distingui potest, an puella consentiat, et vis tantum parentibus fiat injuria detrectantibus. Si sponsa dissentiat, jure civili indistincte raptus est. §. 812.

Jure pontificio abductio sponsae etiam dissentientis raptus non est, saltem si nullam justam habeat caussam a sponsalibus recedendi. §. 813.

Ergo in hac specie non interdicitur matrimonium raptori cum rapta, nec locus fit poenis jure ecclesiastico praestitutis: maxime si parentes tantum dissentiant. §. 814. et 815.

Jure civili sponsae volentis abductio invitis parentibus raptus est. §. 816.

In foro tamen raptor hic mitius punitur. §. 817.

Jus constitutum contra raptores ad foeminas rapientes extendendum esse, plures negant, quia agitur de lege poenali. §. 818.

Affirmant alii; quia sexus diversitas non minuit delictum: leges autem, ajunt, de foemina non meminisse; quia casus omnino infrequens est. § 819.

Sunt, qui foeminam poenis civilibus non subjiciunt, utique autem canonicis. §. 820.

Probabilius videtur, foemina a poenis civilibus eximenda. §. 821.

Leges poenales ex identitate rationis non extenduntur, ubi de gravissima poena agitur, et insolita: quae ideo jus singulare non extendendum est. §. 822.

Sed jure canonico non subsistit in hac specie matrimonium; quia aeque violatur matrimonii libertas. §. 823.

Qui foeminam vi abducit ad libidinem explendam, tenetur rapinae poena de vi publica, vel privata. §. 824.

An rapiens ad libidinem specialibus poenis subjiciatur a Concilio Tridentino, et Justiniano inductis? §. 825.

Ex Concilio Tridentino valet in hac specie matrimonium, si foemina etiam penes raptorem constituta libere consentiat. §. 826.

Cum puella abducitur ad libidinem, minus timendum est, ne ad matrimonium cogatur. §. 827.

Ex absurdis ab hominum nequitia profluentibus non probatur falsitas alicujus sententiae. Mens raptoris ex adjunctis colligi potest. Sed in dubio respondendum contra raptorem §. 828.

Nec magis repugnat, raptorem hunc ad puellam ducendam cogi, quam stupri reum, qui de loco ad locum non abduxit. §. 829.

Gelasius asserens, ibi raptum esse, ubi puella, de cujus nuptiis prius actum non sit, fuerit abducta, explicandus est de raptu generatim sumpto, non speciatim; vel de foemina rapta matrimonii caussa. §. 830.

Demonstratur, hic locum non habere argumentum, quo traditur: ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debere. §. 831.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2 Cod. l. 5. tit. 4.

Quid de jure civili? §. 832.

Cultus disparitas est diversitas religionis, qua irritum est matrimonium baptizati cum non baptizato. §. 833.

Ad matrimonii validitatem praeterea requiritur, ut servata fuerit forma a legibus praestituta. §. 834.

§. 781.

Post consanguinitatem, affinitatem, et publicam honestatem, quibus matrimonium interdici cum aliquibus personis animadvertimus, sequitur crimen. Criminis nomine homicidium, adulterium, et raptum intelligimus. Homicidium autem vel est solum, vel adulterio junctum. Rursus adulterium futuri matrimonii promissionem habere potest annexam, vel ipsum posterius matrimonium. Unde patet, quadruplicem esse hujus impedimenti speciem. Nempe 1. Homicidium solum. 2. Homicidium cum adulterio. 3. Adulterium cum promissione futuri matrimonii. 4. Adulterium cum alio matrimonio postea contracto.

§. 782.

1. Ergo ex solo homicidio alterutrius conjugis oritur impedimentum dirimens matrimonii (1): dummodo tres adsint conditiones; quarum prima est, ut et vir, et mulier simul moraliter, aut physice concurrant ad mortem conjugis innocentis, neque enim sufficeret, ab alterutro sine alterutrius consensu necem inferri (2). Altera est, ut mors conjugis revera sequatur (3). Tertia ut mors conjugis inferatur eo consilio, ut invicem contrahi matrimonium valeat (4); quod quidem conjugium tam odiosum ecclesiae visum est, ut ex Triburiensi Concilio responderit Celestinus III., tolerandum non esse, licet conjugis fidelis studio infidelis vir ad fidem accesserit, ea addita ratione, quod tale damnum tali lucro ecclesia compensare, non velit (5).

(1) *Cap. Si quis vivente* 5. *caus.* 31. *quaest.* 1., *cap.* 1. *extra de convers. infidel.* (3. 33.)

(2) *D. cap.* 1. *de convers. infid.*

(3) *D. cap.* 5. *caus.* 31. *qu.* 1., *et d. cap.* 1.

(4) *Si in mortem ipsorum malitiose fuerint machinatae. D. cap.* 1. *de convers. infid.*

(5) *D. cap.* 1.

§. 783.

2. Contrahitur nuptiarum prohibitio ex homicidio simul cum adulterio, quando post adulterium, adulter uxorem suam occidit, aut adultera suum virum; quamvis mutuo consilio mors conjugis non sequatur (1). Sed et hic requiritur: 1. Ut unus ex adulteris vere dici possit caussa caedis conjugis innocentis, quin sufficiat ratihabitio (2); quamvis utriusque concursus, vel saltem scientia non requiratur. 2. Ut mors revera secuta sit. 3. Ut eo fine ab alterutro fuerit illata ad contrahendum matrimonium cum altero conjuge (3).

(1) *D. cap.* 5. *caus.* 31. *qu.* 1., *cap. Significasti* 6., *et cap. seq. extra de eo, qui duxit in matrim.* (4. 7.)

(2) *D. cap.* 6. *de eo, qui duxit, d. cap.* 5. *caus.* 31. *qu.* 1.

(3) *Argum. cap.* 1. *extra de convers. infid., d. cap.* 5. *caus.* 31. *qu.* 1.

§. 784.

3. Ex crimine adulterii sine homicidio prohibentur nuptiae, atque jure Romano solum sufficiebat adulterium ad hoc, ut perpetuo interdictum esset matrimonium (1). Verum jure ecclesiastico praeter promissionem matrimonii, quatuor aliae conditiones requiruntur ad hanc prohibitionem inducendam.

(1) *Maevius in adulterio Semproniae damnatus eandem Semproniam non damnatam duxit uxorem ...; quaero, an justum matrimonium fuerit ..? Respondi, neque tale matrimonium stare. L. Claudius* 13. *ff. de his, quae ut indignis* (34. 9.), *Novell.* 134. *cap. Si quis vero* 12.

§. 785.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4.

Prima conditio est, ut promissio matrimonii futuri seria sit, et acceptata ab altera parte; quamvis nihil referat, utrum praecedat adulterium, an promissio (1). 2. Promissio facta esse debet vivente conjuge. Quare, si eo mortuo fiat, consistere potest matrimonium inter adulteros (2). Tertia conditio in eo consistit, quod uterque adulter sciat alterum conjugio devinctum. Si ergo alteruter ignoret, non contrahitur impedimentum (3). 4. Demum requiritur, ut adulterium perfectum sit (4).

(1) *Cap. Significasti* 6., *cap.* 7. *et* 8. *extra de eo, qui duxit.* (4. 7.)
(2) *D. cap.* 6. 7. 8., *ubi semper haec verba habentur:* Si vivente uxore:
(3) *Cap.* 1. *eod. tit.*
(4) *Argum. cap. ult. extra de sponsal.* (4. 1.)

§. 786.

Denique ex adulterio cum matrimonio postea contracto nuptiae interdicuntur, quando adulter legitima uxore vivente, vel adultera vivente viro matrimonio alteri jungitur; itaut mortua adulteri uxore, vel adulterae viro inter utrumque reum nuptiae consistere nunquam possint (1): dummodo prius matrimonium validum fuerit (2): et notum sit secundo conjugi matrimonium cum primo contractum (3).

(1) *D. cap.* 1., *cap. Cum haberet* 5. *cap.* 7. *et* 8. *extra de eo, qui duxit.* (4. 7.)
(2) *Cap. Significavit* 2. *eod. tit.*
(3) *Cap.* 1., *cap. Veniens* 7. *eod. tit.*

§. 787.

Omnes consentiunt, impedimentum criminis jure tantum ecclesiastico inductum esse, non divino, aut naturali; quamvis naturae lex suadeat, ut a conjugio invicem arceantur, qui iniquis artibus ad illud viam sternere, vel pervenire, tentant, ne criminibus aditus aperiatur. Quare, si duo infideles post hujusmodi crimen matrimonium ineant, ad fidem conversi separandi non sunt: aliud affirmandum, si alteruter fidelis fuisset (1); cum enim ex parte fidelis, qui ecclesiae legibus subjicitur, matrimonium omnino prohibeatur, nullum quoque necessario est ex parte infidelis; cum non possit, pro parte consistere, et corruere pro alia.

(1) *Argum. d. cap.* 1. *extra de convers. infid.* (3. 33.)

§. 788.

Homicidio, atque adulterio in hoc argumento jungendus est raptus. Definiri raptus solet: *Violenta abductio foeminae matrimonii contrahendi caussa.* Abductio dicitur, idest traductio de loco ad locum; si enim quis puellam non educeret e domo, sed alio traheret, puta de cubiculo in cubiculum, ut facilius eam violare posset, raptus non esset ex communi sententia; quia proprie dici nequit, puellam fuisse abductam (1): quamvis gravissimum scelus sit capitali poena dignum (2).

(1) *Fab. cod. de raptu virginum, lib.* 9. *tit.* 9. *def.* 1. *num.* 2. *in allegation.*
(2) *Fab. d. loco.*

§. 789.

2. Violenta esse debet abductio, ut indicat raptus nomen; rapina enim, seu, quod idem est, raptus vim necessario supponit (1). Vis nomine minae etiam, et gravis metus incussio continentur; sicut et abducere videtur, qui alteri mandat, ut puellam abducat (2); in his enim omnibus casibus matrimonii libertas imminuitur, cui malo praecipue occurrere voluerunt legislatores.

(1) *L. Praetor ait* 2. §. 1. *ff. de vi bonorum raptorum.* (47. 8.)
(2) *D. l.* 1. §. *Dolo autem* 2. *ff. eod. tit.*

§. 790.

Raptum committi dicimus per *foeminae* abductionem, quo significetur, nihil interesse, ad raptus substantiam, an virgo abducatur, an puella jam ab alio corrupta, an vidua,

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4. an alteri jam nupta, an etiam meretrix (1): gravius tamen, vel levius crimen est pro diversa foeminarum abductarum conditione, quemadmodum inferius ostendemus.

(1) *L. unic. cod. de raptu virginum* (9. 13.), *Thes. dec.* 217. *num.* 2., *Fab. cod. de raptu virgin. lib.* 9. *tit.* 9. *def.* 1. *num.* 3 *in allegat.*

§. 791.

Demum diximus *matrimonii cum ea contrahendi caussa*; quamvis enim, jure civili inspecto, verosimilius videri possit, raptum reum illum fieri, qui foeminam, non matrimonii contrahendi, sed libidinis explendae caussa abduxerit; quia tamen hic de raptu praecipue quaeritur, utrum ex eo oriatur prohibitio nuptiarum inter raptorem, et raptam; adeoque quaestio haec potius ex sacris canonibus dirimenda est, quorum sententia juri civili praevalet, utpote quia de sacramento agatur (§. 635.): sacri autem canones de iis tantum loqui videntur, qui matrimonii caussa abducunt, ut infra expendemus (1): raptum ita definivimus.

(1) *Prius enim quaestiones aliae, ut ordinate res explicentur, pertractandae sunt.*

§. 792.

Vix aliud est argumentum, in quo tanta sit sententiarum diversitas, tum inter juris ecclesiastici interpretes et legum civilium: tum et inter utrosque invicem, itaut ne in ipsa quidem raptus definitione consentiant. Alii violentam abductionem tantum intelligunt de vi proprie dicta: alii etiam de ea, quae precibus, et blanditiis minus proprie fieri dicitur. Alii, vim tantum attendendam esse, volunt, quae foeminae fiat; alii et eam, quae parentibus, vel tutoribus inferatur. De conditione etiam foeminae disputant, utrum etiam in sponsa raptus committatur, necne: tum et quaerunt, utrum, quod de viro foeminam rapiente constitutum est, ad foeminam, quae virum rapiat, sit protendendum. Demum quibusdam placet, raptum in ea tantum specie esse, qua matrimonii contrahendi caussa foemina rapiatur. Alii sentiunt, raptum etiam esse, si sola libido abductionis caussa sit

§. 793.

Quinque ergo quaestiones hic sunt expendendae. Prima est, utrum raptus non tantum minis, et vi fiat, sed etiam precibus, suasionibus, et blanditiis. 2. An raptus dici possit, si consentiat puella, dissentiant vero ejus parentes, vel tutores. 3. Utrum hujus sceleris reus fiat, qui propriam sponsam abducit. 4. Utrum, quod de viris foeminas rapientibus sanxerunt ecclesiasticae, et civiles leges, ex paritate rationis locum habere debeat in foemina, quae virum rapiat. 5. Demum, utrum omnibus raptorum poenis subjiciatur, qui non matrimonii contrahendi caussa foeminam abducit, sed caussa libidinis.

§. 794.

Quamvis tanta sit in hoc argumento sententiarum diversitas, omnes tamen fere conciliari posse videntur, si distinguamus inter canonicas, et civiles leges: tum inter poenas ecclesiastico jure constitutas, quarum praecipua est, ut inter raptorem, et raptam non possit interim consistere matrimonium, quia praecipua sacrorum antistitum cura fuit, ut libertati matrimonii prospicerent: et poenas a legislatoribus civilibus indictas, quorum consilium potissimum fuit, gravissimum raptus crimen, et reipublicae maxime perniciosum proportionatis poenis coercere, etsi, matrimonii libertatem incolumem quoque servare, in animo habuerint. Hac praesupposita distinctione, quae utriusque juris constitutiones attente expendenti sponte se offert, facilis est propositarum quaestionum solutio.

§. 795.

Primam ergo quaestionem quod spectat, dicimus, raptum proprie non esse, si nec vis, nec minae, nec gravia metus interveniant, neque preces tales adhibeantur, quae violentiae possint aequiparari: sive, quae minis mixtae non sint, vel expressis, vel tacitis; raptus enim, ut constat ex ipsa nominis etymologia, vim necessario supponit (§. 789.); vis autem proprie fieri non dicitur, ubi etiam preces importunae adhibeantur, vel blanditiae (1).

(1) *Thes. dec.* 217. *num.* 3.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4.

§. 796.

Sed quamvis haec verissima sint, distinguendum tamen est, utrum de validitate matrimonii agatur secundum ecclesiasticas leges, an vero de poenis contra raptores jure civili constitutis. Si de validitate matrimonii quaeratur secundum ecclesiasticas leges, ex solis blanditiis, illecebris, precibus etiam importunis nullum non fit matrimonium; siquidem ecclesiasticae leges potissimum prae oculis habuerunt matrimonii libertatem (1): matrimonii autem libertas non aufertur, imo, nec eousque imminuitur per blandimenta, vel preces, ut nullum dici debeat ex defectu consensus. Concludendum ergo, ex ecclesiae legibus matrimonium in hoc casu consistere.

(1) *Cap. Cum caussa* 6., *cap. Accedens* 7. *extra de raptoribus.* (5. 17.)

§. 797.

Neque objiciatur, quod ex Concilio Rhemensi refert Gratianus (1), eum, qui mulierem seduxerit, non posse eandem habere in uxorem; siquidem et nos fatemur, ex seductione nullum fieri posse matrimonium; sed nullum erit potius ex dolo in seducente, unde deceptio oritur, error, et ignorantia in muliere decepta, quo irritatur matrimonium ob defectum consensus, non in criminis poenam; ex dolo siquidem, et fallacia seductionem oriri, non raptum, nemo est, qui inficias ire possit; alioquin, sicuti eleganter post alios ratiocinatur Thesaurus, totus fere mundus capite puniretur; vix enim casus est, ubi seductio non sit (2). Crimen ergo est seductio, sed a raptu distinctum, eoque levius, et mitiori coercitione dignum (3).

(1) *Placuit, ut hi, qui rapiunt foeminas, vel furantur, aut seducunt, eas nullatenus habeant uxores: quamvis eis postmodum conveniat, aut eas dotaverint, vel nuptialiter cum consensu parentum suorum acceperint. Cap.* 11. *caus.* 36. *qu.* 2.

(2) *Thes. dec.* 217. *num.* 5.

(3) *Et ita semper observare, Senatum refert Thesaurus ibidem.*

§. 798.

Verum, si quaestio haec ad jus civile exigatur, utrum poenis raptus subjiciendus sit, qui odiosis artibus, insidiis, fallaciis mulierem ad consensum praestandum induxerit, res extra dubium esse videtur; clara enim sunt Justiniani verba, quibus, raptum etiam in volentem admitti, tradit, ea addita ratione, quod hic mulieris consensus non omnino liber existimandus sit, sed potius injuria, et dolo extortus (1). Atque ita in foro receptum tradit Faber (2); quamvis et mitiore in hoc casu poena coerceri soleat (§. 797.). Sane, cum mulier ab initio dissensit, licet postea consentiat, non desinit raptus esse, et raptus poenis subjici: initium enim actus spectandum est, quo crimen fuit perpetratum (3).

(1) *Ut huic poenae subjaceant, sive volentibus, sive nolentibus virginibus, sive aliis mulieribus tale facinus fuerit perpetratum; si enim ipsi raptores metu, vel atrocitate poenae ab hujusmodi facinore se temperaverint, nulli mulieri, sive volenti, sive nolenti peccandi locus relinquetur; quia hoc ipsum velle mulierum ab insidiis nequissimi hominis, qui meditatur rapinam, inducitur: nisi etenim eam sollicitaverit, nisi odiosis artibus circumvenerit, non faciet, eam velle, in tantum dedecus se prodere. L. unic.* §. *Poenas autem* 2. *cod. de raptu virginum.* (9. 13.)

(2) *Fab. cod. eod. tit. def.* 1. *lib.* 9. *tit.* 9. *in princip.*

(3) *Thes. dec.* 217. *num.* 8.

§. 799.

Proxima illi, quam mox expendimus, altera quaestio est, utrum raptus sit, cum mulier sub parentum, tutorum, vel curatorum potestate constituta rapitur, volens quidem, et libere consentiens, sed invitis parentibus, tutoribus, vel curatoribus: atque in hac etiam quaestione jus canonicum a civili secernendum existimo. Inspecto jure canonico

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4. iterum distinguendum puto, an de matrimonii validitate inter raptorem, et raptam quaeratur; an vero de poenis contra raptores a Concilio Tridentino praestitutis.

§. 800.

Cum puella volens invitis parentibus, vel tutoribus abducitur, valide contrahi matrimonium, probabilius videtur (1); siquidem Concilium Tridentinum, ubi de raptu agit, matrimonium consistere tradit raptorem inter et raptam, quando haec in loco libero, et tuto constituta, raptorem in virum habere, consenserit (2). Quorsum haec matrimonii permissio, cum rapta in eo statu sit, ut libere consentiat, nisi ut ostendat, conjugium eo tantum casu irritum esse, quo liber deficiat consensus? Ergo, si abductioni sponte consentiat puella, nihil officere potest validitati matrimonii, maxime quia ex eorumdemmet SS. Patrum decreto validum est a filiisfamilias celebratum conjugium sine parentum consensu; quamvis condemnandum eo sensu, quod debitum inde parentibus obsequium denegetur (3).

(1) *Iste raptor dici non debet, cum habuerit mulieris assensum ..., licet parentes reclament, a quibus eam dicitur rapuisse. Cap. Cum caussa* 6. *extra de raptoribus.* (5. 17.)

(2) *Conc. Trid. sess.* 24. *de reformat. matrim. cap* 6.

(3) *Ibid. cap.* 1.

§. 801.

Si autem de poenis ab ecclesia praestitutis contra raptores quaestio sit, qua ipso jure raptores excommunicati declarantur, perpetuo infames, omnium dignitatum incapaces, et puellam raptam dotare, sive eam duxerint in uxorem, sive non duxerint, adstringuntur (1), ab iis, nulla ratio suadet, immunes esse, debere, qui puellam volentem, sed parentibus invitis rapiunt; quippe maximam injuriam parentibus inferunt (2); quae ad has poenas incurrendas plusquam sufficiens est: maxime cum generaliter dictae poenae contra raptores sint constitutae.

(1) *Conc. Trid. d. cap.* 7. *sess.* 24.

(2) *D. cap.* 1. *sess.* 24. *de reform. matrim., cap. Nullus* 6. *caus.* 36. *qu* 2.

§. 802.

Gravius quidem scelus admittit, qui puellam invitam abducit, quam, qui volentem invitis parentibus; sed hinc inferri nullatenus potest, immunem a praestituta poena esse debere illum, qui levius delinquit; quia praeterquam crimine major dici non potest, etiam gravius punitur alter, cui insuper matrimonium interdicitur.

§. 803.

Verum et hic caute distinguendum animadvertunt doctores, utrum parentes inviti sint, an simpliciter inscii, et ignorantes. Si parentibus tantum insciis abducatur volens puella, crimen quidem admitti potest, sed quod raptus dici nequeat, neque secundum ecclesiasticas (1), neque secundum civiles leges, quae vim semper commemorant (2); et matrimonia per raptum attentata ea esse dicunt, quae, hostili more, raptor studet, conjungere (3); ut praetereum ipsum raptus, rapinae nomen, quae esse non possunt, ubi nulla vis, sed tantum ignorantia intervenit.

(1) *D. cap. Cum caussa* 6. *extra de raptoribus.* (5. 17.)

(2) *L. un. cod. de raptu virg. in princ. versic. Quibus connumeramus.* (9. 13.)

(3) *Quoniam nullo modo, nulloque tempore datur a nostra Serenitate licentia, eis consentire, qui, hostili more, in nostra republica matrimonia student sibi conjungere. D. L. un.* §. 1. *circa finem.*

§. 804.

Ex jure canonico raptum proprie non esse ob parentum dissensum, satis demonstratum est, aliud jure Romano inspecto respondendum puto (1); quod quidem contraria ratiocinatione probari, facile potest; nam, quamvis civiles etiam legislatores libertati matri-

monii prospicere studuerint, attamen praecipuum consilium fuit, poenis eos coercere, qui foeminas blanditiis, vel suasionibus eo adduxerint, ut in re tanti momenti, qualis haec est, sine consilio, et consensu eorum, quibus in omnibus regi debent, temere perpetuam contrahant, et gravissimam obligationem: ut vel ex eo satis constat, quod Justinianus iisdem poenis raptores subjecerit, qui volentes mulieres abducunt (2). Quibus accedit, jure Romano matrimonia sine parentum consensu celebrata nullius esse momenti, prout fert communis sententia (3).

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4.

(1) *Fab. cod. de rapt. virg. lib. 9. tit. 9. def. 1. et 2.*

(2) *Ut huic poenae omnes subjaceant, sive volentibus, sive nolentibus virginibus, sive aliis mulieribus tale facinus fuerit perpetratum. D. l. un. cod. de rapt. virg. §. Paenas autem 2. (9. 13.)*

(3) *Nuptiae consistere non possunt, nisi consentiant omnes: idest, qui coeunt, quorumque in potestate sunt. L. Nuptiae 2., et l. 18. ff. hoc tit.*

§. 805.

Verum, quia levius delinquit, qui parentibus tantum, foeminam consentientem rapiendo, injuriam infert, ideo in foro receptum, ut mitius puniatur, et poena extraordinaria secundum qualitates abducentis, et abductae, quamvis mulier suasionibus allecta fuerit (1): nisi cum raptu concurrant qualitates aggravantes; puta si convocatis hominibus, noctu vis illata sit, atque ostii effractura intervenerit; hunc enim raptorem ob criminis atrocitatem poena ordinaria teneri, Senatus censuit aeque ac sceleris participes (2).

(1) *Thes. dec. 217. num. 9. †, ubi refert eum, qui foeminam vilem hoc modo rapuerat, ad triremes per triennium fuisse damnatum V. et ibid. in addit. littera* E *in fine. Sane puella in criminis poenam jure potest a patre exheredari, et patri insuper conquerenti apud judicem pars pecuniariae mulctae una cum fisco adjudicanda est ex Fabro, in solatium injuriae, non minus, quam matri, si pater non sit. Fab. cod. de raptu virg. lib. 9. tit. 9. def. 2.*

(2) *Thes. d. dec. 217. num. 7. †*

§. 806.

Quae de invitis, et injuria effectis parentibus diximus, eadem fere, proportione tamen servata, de tutoribus, vel curatoribus dicenda sunt; Justinianus enim de omnibus meminit (1): et aequitas postulat, ne sine eorum consilio celebretur matrimonium, quibus mores, et negotia puellarum credita sunt. Quamquam maximum est discrimen inter injuriam, quae fit patri, atque eam, quae tutoribus, vel curatoribus inferri potest; quippe secundum ipsas Romanas leges patri pro filia sponsalia contrahere permittebatur, quibus nec temere poterat contradicere (2); ut et sponsalia propria auctoritate dissolvere pater poterat (3): quae omnia tutoribus denegantur (4). Merito ergo receptum, ut raptor hic mitius puniatur (5).

(1) *D. l. un. in princ., Thes. d. dec. 217. in addit. littera* C *in fine.*

(2) *L. Sponsalia 11., l. Sed, quae 12. princ., et §. 1. ff. de sponsalib. (23. 1.)*

(3) *L. In potestate 10. ff. eod. tit.*

(4) *L. Si puellae 6. ff. eod. tit.*

(5) *Thes. d. dec. 217. in addit. in fine. †*

§. 807.

Quinimo definitum refert Faber, neque crimen, neque poenam raptus incurrisse, videri eum, qui virginem sub curatore positam eo inscio, vel invito uxorem duxit ex proximiorum agnatorum voluntate; tum quia non probibetur adulta nubere sine curatoris auctoritate (1), tum quia magis fidendum esse proximioribus agnatis ob sanguinis conjunctionem, et mutuam inde charitatem, quam curatori, in hac re aequitas suadet (2).

(1) *L. Sciendum est 20. ff. hoc tit.*

(2) *Fab. cod. de raptu virg. lib. 9. tit. 9. def. 1.*

§. 808.

Inst. l. 2. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4.

Succedit de sponsa quaestio, utrum violenta ejus abductio vere raptus dici debeat, raptusque instar punienda? In hac autem quaestione triplex est sententia: alii vere raptum esse dicunt, alii negant, demum quidam distinguunt, utrum sponsa rapta justam habuerit a sponsalibus recedendi caussam, necne.

§. 809.

Qui affirmant, Justiniano innituntur, qui, raptum in sponsa committi, aperte declarat (1); neque deest ita sanciendi ratio; siquidem, quamvis per sponsalia vir jus, ita dixerim, ad rem, seu ad sponsam acquirat, jus tamen in re nullum adhuc habet, quo quasi rem suam propria auctoritate, vi etiam facta, apprehendere queat: eo vel maxime, quod crimine non careat, qui rem, cujus dominium habet, vi a possessore auferre pertentat (2); quia nemo sibi debet, propria auctoritate jus dicere, sed legitimorum Magistratuum opem implorare, praescriptisque a legibus uti remediis (3).

(1) *Quibus connumeramus etiam eum, qui, saltem sponsam suam per vim rapere, ausus fuerit. D. l. un. cod. de raptu virg in princ.* (9. 13.)

(2) §. 1. *instit. de vi bon. rapt.* (4. 2.)

(3) *L. Non est singulis 176. ff. de reg jur.*

§. 810.

Qui negant, raptum esse, jus canonicum proferunt, quod in iis, quae ad matrimonium pertinent, sequendum prae civili communiter traditur (1). Tria autem sunt juris capita, unde confirmari potest sententia haec. Primum est Isidori aperte definientis, ibi tantum esse raptum, ubi puella fuerit abducta, priusquam de nuptiis actum fuerit (2). Alterum est Gregorii II., quo excommunicatur, qui virginem, vel viduam rapuerit, excepto tamen casu, quo prius fuerit desponsata (3). Tertium est Lucii III., ex quo raptus non est, si jam de nuptiis actum sit (4).

(1) *Thes. dec. 217. in addit. littera* C *in princ. V.* §. 635.

(2) *Lex illa praeteritorum Principum ibi raptum dixit esse commissum, ubi puella, de cujus ante nuptiis nihil actum fuerit, videatur abducta. Cap. Lex illa 49. caus. 27. quaest. 2.*

(3) *Si quis virginem, vel viduam, nisi desponsaverit, rapuerit, vel furatus fuerit in uxorem, cum sibi faventibus anathema sit. Cap. Si quis 5. caus. 36. qu. 2.*

(4) *Respondemus, quod, cum ibi raptus dicatur admitti, ubi nil ante de nuptiis agitur: iste raptor dici non debet, cum habuerit mulieris assensum, et prius eam desponsaverit. Cap. Cum caussa 6. extra de raptoribus.* (5. 17.)

§. 811.

Denium, qui distinguunt, an sponsa justam habuerit, necne a sponsalibus recedendi caussam, hoc utuntur argumento: cum sponsa jure petit, ut sponsalia irrita sint, vere fit ipsi injuria per violentam abductionem; si autem intacta permanserit sponsalium vis, nec ulla supervenerit legitima ratio, qua data in sponsalibus fides dissolvatur, vi quidem cogitur, sed cogitur ad id, quod ex priore, et libero contractu facere tenetur: quo fit, inquiunt, ut conqueri nequeat, quasi de injuria sibi illata, quam prior ipsa intulit, datam fidem adimplere, temere detrectans.

§. 812.

Haec sunt, quae ex diversa sentientibus ad firmandam sententiam suam quisque affert. Distingui adhuc forte posset, utrum vis fiat ipsi puellae desponsatae; an, ipsa consentiente sponsalia adimplere, injuria parentes detrectent, quibus ideo vis fiat, ut puella abducatur. Si sponsae ipsi dissentienti vis inferatur, jure civili inspecto puto raptum esse, omnibusque locum fieri poenis contra raptores constitutis; quin intersit, utrum justam habeat, necne a sponsalibus dissentiendi caussam; aperta enim, et generalia sunt Justiniani verba (§. 809.), quae distinctionem recipere firmissima juris regula non patitur, qua nemo sibi potest jus dicere. (d. §. 809.)

§. 813.

Iust. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5 tit. 4.

Si autem ad pontificium jus quaestio haec exigatur, dubia videri potest ejus definitio; Tridentinum enim Concilium (1) de raptu sponsae ne verbum quidem facit: unde colligitur, ex vetere jure definiendam reliquisse. Jure autem vetere raptus in sponsa abducta intervenire non judicabatur (§. 810.): saltem si sponsa nullam haberet probabilem a sponsalibus recedendi caussam (2): nec distinxerunt canones, utrum vis ipsi sponsae inferretur, an parentibus ejus tantum, cum sponsa consentiret.

(1) *D. sess. 24. de reformat. matrimon. cap.* 6.

(2) *Haec quidem exceptio in allatis textibus non habetur, sed recipiendam esse ipsa aequitas demonstrare, videtur.*

§. 814.

Hinc concludendum, non interdici in hac specie matrimonium raptori cum sponsa rapta temere dissentiente datae fidei implementum, si postea ipsa libere consentiat; quin necesse sit, ut consensum praestet, postquam a raptore separata fuerit, atque in loco libero, et tuto constituta. Ex quibus etiam sequitur, ne locum quidem esse in hac specie poenis contra raptores a sacris canonibus praestitutis; quamquam negari non potest, quin et gravis delicti reus fiat, qui sponsam suam vi abducit, arbitraria idcirco animadversione coercendus.

§. 815.

Quod de sponsa temere dissentiente ex pontificio jure tradidimus, potiori ratione obtinebit, si ipsa abductioni consensum praestet; unde tantum vis fiat ipsius parentibus; eoque magis, quod ex ecclesiae legibus parentum consensus ad matrimonii validitatem non requiratur. (§. 610.)

§. 816.

Aliud contra observandum, si quaestio haec ex Romanorum legibus dijudicanda sit; quippe Justinianus, cum in sponsa raptum committi decernit, ne verbum quidem addit, quo colligi possit, distinguendum esse, utrum puellae vis, et simul parentibus; an parentibus tantum fiat. Quin generali constitutione eos complectens, qui foeminas cujuscumque conditionis rapiunt; quamvis ipsae consentiant, dummodo parentes detrectent, atque specialiter adjiciens, hoc jus et in eo, qui propriam rapuerit sponsam, esse servandum, satis aperte innuit, eadem omnino ratione de desponsata disserendum, qua de caeteris (1). Nec aliud statuere poterat, nisi a jureconsultorum doctrina recedere voluisset, qui unanimi consensione tradiderunt, pro arbitrio patri licere, sponsalia cum filia contracta dissolvere, et nuncium sponso remittere (2).

(1) *D. l. unic. princ., et* §. 1., 2. *cod. de rapt. virg.* (9. 13.)

(2) *In potestate manente filia, pater sponso nuncium remittere potest. L.* 10. *ff. de sponsalib.* (23. 1.), *L.* 2. §. *Sive autem* 3. *ff. de divortiis* (24. 2.). *V.* §. 653.

§. 817.

Verum, quia aequo rigidior visa est pragmaticis Justiniani constitutio, maxime quia juri canonico contraria apparet, idcirco communiter in foro receptum est, ut longe mitiori coercitione puniatur, qui propriam sponsam rapit, quamvis tum ejus parentes, tum et ipsa dissentiat (1), saltem si nullae concurrant circumstantiae aggravantes (§. 805.).

(1) *Hinc refert Thesaurus eum, qui propriam sponsam e domo patris ipsa etiam recusante vi abduxerat post facta instrumenta dotalia, nec capite punitum, prout Justinianus constituit, imo nec ad triremes damnatum, sed tantum jussum fuisse, libras 400. fisco pendere, et per biennium a loco delicti exulare; quia sine armis, et nulla facta hominum congregatione sponsam rapuerat. Thes. d. dec.* 217. *in addit. littera* C. †

§. 818.

Quod pertinet ad quartam, quam ab initio proposuimus, quaestionem, utrum jus, quod

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4.

de raptoribus constitutum est, ad foeminas, quae singulari aupra sexum audacia virum raperent, sit extendendum, dissentiunt etiam doctores. Plures negant ea moti ratioue, quod tum civiles, tum ecclesiasticae leges omnes unice loqnantur de viro, qui foeminam rapiat (1); aequum autem non sit, ut poenalis, maxime severissima lex, ultra auos limites protendatur (2).

(1) *D. l. unic. cod. de rap. virg., d. cap. Cum sponsa* 6. *extra de raptoribus, Conc. Trid. sess.* 24. *de reform. matrim. cap.* 6.

(2) *Fab. cod. de rap. virg. lib.* 9. *tit.* 9. *def.* 1. *num.* 9. *in allegat*

§. 819.

Aliis contra placet, idem jus vigere in foemina, ac in viro, si ejusdem, ac vir, sceleris rea fiat; quoniam sola sexus diversitas non minuit delictum, unde nec debet minuere poenam; ideo vero leges omnes de viro dumtaxat mentionem faciunt, quia vix existimarunt legislatores, fieri posse, ut tanti facinoris capax sit sexus imbellis: jura autem constitui solent pro iis, quae frequenter accidunt, non quae raro contingunt (1); atque ad officium Magistratuum pertinet, ea, quae in uno casu constituta sunt, ad alios similes extendere (2), quod et in poenis locum habet (3); cum nemo dubitet, quin ex identitate rationis poenales ipsae leges extensionem admittant (§. 99. D.); futurum alioquin, ut in iucerto saepe vagari judices debeant; cum impossibile sit, ut singulis casibus legislator normam specialem dare possit (4).

(1) *L. Ex his* 4., *l. Nam ad ea* 5. *ff. de legibus.* (1. 3.)

(2) *L. Neque leges* 10., *l.* 12. 13. *ff. eod. tit.*

(3) *Argum. l. Nominis* 6. §. 1. *ff. de verb. significat.*

(4) *Quod enim semel, aut bis existit praetereunt legislatores. L.* 6. *ff. de legibus. Atque contra foeminam rapientem judicatum fuisse a supremis Galliae Tribunalibus refert Papon in Syntagmat. lib.* 22. *tit.* 4. *Arest.* 3.

§. 820.

Demum non desunt, qui distinguunt inter capitalem poenam a Justiniano indictam, et nullitatem matrimonii sacris canonibus praestitutam; atque foeminam a capitis poena excusant; quia tantum de viris loquatur Imperator: alteri vero poenae eam subjiciunt, quia favor libertatis, quam summopere matrimonium exposcit, non tantum locum habeat in foemina per vim abducta, sed et in viro eandem injuriam passo.

§. 821.

In hisce difficultatibus, et diversis sententiis vix est, ut sciri possit, ubi tuto pes figi valeat; urgentia namque videntur argumenta, quae hinc inde afferuntur. Quanquam mitiori sententiae inhaerendum puto, et favore foeminae rapientis respondendum, si de poena corporali quaeratur; quia poenas potius interpretatione restringendas, quam ampliandas, utroque jure est constitutum (1).

(1) *Cap. Odia* 15., *cap. In poenis* 49. *extra de reg. jur. in Sexti Decr. lib. V., l. Factum* 155. §. *ult.*, *l. Rapienda* 168., *l. Ea, quae* 192. §. 1. *ff. eod. tit. V.* §. 99. *D.*

§. 822.

Nec nocet, quod supra tradidimus (§. 819.), leges etiam poenales ex indentitate rationis extensionem admittere; quia regula haec in specie, quam pertractamus, locum habere non videtur, ubi de gravissima, et atrociori, quam soleant leges infligere, poena agitur (1). Quare potius ex altera regula dijudicandum est, quae docet, jus singulare, ne ex indentitate quidem rationis, ad casus expresse non comprehensos esse extendendum (2): maxime quia cum foeminis benignius se se gerere solent legislatores.

(1) *Fab. d. def.* 1. *num.* 9. *lib.* 9. *tit.* 9.

(2) *L. Quod vero* 14., *l. In his* 15. *ff. de legibus.* (1. 3.)

§. 823.

Sed contra foeminam erit respondendum, si de facultate contrahendi conjugii cum

viro rapto quaeratur, antequam dimissus, et in loco tuto constitutus libere possit, consensum suum praestare; neque enim hic de poena agitur, sed de matrimonii libertate, quam incolumem tum in viris, tum in foeminis servari, omnes leges clamant: quin licet poenae speciem habere videretur matrimonii prohibitio inter rapientem foeminam, et virum raptum, nulla ratio aequitatis, aut commiserationis esse potest, quae foeminam a sanctione legis immunem esse debere suadeat.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4.

§. 824.

Postrema quaestio est, utrum vere raptor dici possit, qui non matrimonii contrahendi caussa foeminam rapuerit, sed potius ad libidinem explendam. Sane, qui vi adhibita foeminam abducit, rapinae, seu raptus reum fieri, itaut de vi publica, vel privata teneatur, prout armis, hominum turba usus sit, vel non, nemo est, qui inficias ire possit (1); cum enim eodem crimine teneatur, qui hisce artibus rem, etiam rationis, imo et sensus expertem aufert (2), quomodo dubitari potest, an levius delinquat, mitiusque puniendus sit, qui mulieri vim intulerit, et pessimo quidem consilio?

(1) *Cap. Lex illa 2. caus. 36. qu. 1., quo nituntur, qui raptus poenis subjiciunt eum, qui ad libidinem explendam vi foeminam abducit.*

(2) *Tit. digest. ad l. Jul. de vi publica, et de vi privata lib. 48. tit. 6. et 7.*

§. 825.

Quaestio igitur eo exigenda non est, utrum rapinae reus dici debeat; sed utrum in ea speciali significatione raptor sit, qua omnibus poenis subjiciatur, de quibus ecclesiasticae, et civiles leges: tum iis praecipue, quae Concilio Tridentino, et Justiniani constitutione sancitae sunt, teneatur, qui foeminam libidinis caussa violenter abducit.

§. 826.

In hac autem singulari quaestione locum habere, non videntur, quae de raptoribus decrevit Synodus Tridentina, cum foemina libidinis tantum explendae caussa abducitur. Quare matrimonium libere inter raptorem, et raptam contractum valere dicemus, licet mulier adhuc in potestate raptoris sit, modo vere, et libere consentiat; nam patres Tridentini (1), ut jam saepius animadvertimus, matrimonii libertati unice consulere voluerunt; ut ex eo patet, quod amplam concesserint facultatem contrahendi conjugii; cum rapta in raptoris nuptias liberum praestet consensum; et quia semper timendum esset, ne mulier decepta. vel perterrita exteriora tantum consensus signa praeberet, ideo sanxerunt, non aliter sufficere hunc consensum, quam si puella in loco esset, ubi sine ullo metu, quodcumque sit ejus consilium, libere manifestare posset.

(1) *D. cap. 6. sess. 24. de reform. matrim.*

§. 827.

Verum, inquies, hoc ipsum argumentum demonstrat, neque cum eo, qui ad libidinem rapit, consistere debere matrimonium; quia, dubitari etiam, merito potest, an libere consentiat puella, nec ne, dum in hujus raptoris adhuc est potestate. Sed non inepte respondetur, minus subesse periculi ut ad matrimonium cogere velit, qui alio fine rapit, quam qui rapiens aliud non meditatur, nisi ut ad matrimonium perveniat; neque enim quisque ita facile praesumitur, mutare consilium. Quin et longe fortius est metuendi fundamentum, ne potius ficta ineundi conjugii promissione puellam ad malum alliciat, quam ut ad illud adstringat: maxime quia hinc potius in raptore ipso, si iniqui voti compos factus sit, gigni solet aversatio quam amor, experientia teste (1).

(1) *Lib. 2. Reg. cap. 13. versic. 14. et seqq.*

§. 828.

Neque regeras, hac posita sententia, nullo negotio ecclesiae leges eludi, posse; quia quisque affirmabit, se libidinis, non matrimonii caussa, abduxisse; nam, praeterquamquod ex absurdis, quae propter hominum fraudes, vel iniquitatem fluere videntur ex aliqua opinione, nunquam tuto potest ad ejus falsitatem concludi, maxime ubi de posi-

Inst. l. 1. tit. 10. f. l. 23. tit. 2 Cod. l. 5 tit. 4. tivis humanis legibus agitur; quia ad summum inde inferri posset, contra fuisse statuendum, non autem vere statutum fuisse; gratis haec facilitas fraudandi leges supponitur; quae enim vere fuerit raptoris mens facile ex adjunctis, quae raptum praecesserunt, vel subsecuta sunt, cognoscetur; tum ex puellae assertione. Quod si in dubio versemur, omnino contra raptorem respondendum erit, qui de iniquitate sua, non de judicis severitate conqueri debebit.

§. 829.

Sed et adhuc instant, qui contra sentiunt. Si raptus hic matrimonium non dirimeret, raptor, tamquam vis, et stupri reus, ad puellam, quam corrupit ducendam, vel saltem dotandam cogeretur (1), quod, inquiunt, omnino alienum est a germana legum sententia. Verum sane consectarium est, quod ex nostra assertione deducunt; sed non video, cur potius a germana legum sententia alienum sit, eum ad ducendam, vel saltem dotandam foeminam cogere, qui, ut violaret de loco in locum abduxit, quam qui idem scelus admisit, quin eam alio transferret. An crimen crimini additum injuriam minuet eo usque, ut ab onere satisfactionis reum eximat? An potius legum menti hoc adversum videtur, quia leges in raptus poenam conjugium iniri prohibent? Sed in hoc argumento vitium illud invenitur, quod a philosophis petitio principii solet appellari: nempe supponit, hic eum raptum esse, quem leges matrimonii prohibitione punire voluerunt, nec probat.

(1) *Cap. 1. et 2. extra de adulteriis.* (5. 16.)

§. 830.

Vix memoro, quod ex Gelasio desumunt asserente, ibi raptum esse, ubi puella, de cujus nuptiis prius actum non sit, fuerit abducta (1); siquidem, uti jam animadvertimus (§. 824.), raptum generatim sumptum nemo est, qui inficietur; quia toties raptus dici potest, quoties vis est: sed negamus, ad eam raptus speciem pertinere, de qua loquuntur patres Tridentini, cui matrimonii prohibitionem indixerunt: sicut et raptus est, quamvis nec matrimonii, nec libidinis caussa foemina abducatur, sed alio fine; attamen nemo hactenus asseruit, dirimi inde matrimonium (2). Adde, mentionem nuptiarum a Gelasio factam satis indicare, eum de viro loqui, qui matrimonii caussa foeminam rapuerit.

(1) *Lex illa praeteritorum Principum ibi raptum dixit, commissum esse, ubi puella, de cujus ante nuptiis nihil actum fuerit, videatur abducta. Cap. 2. caus. 36. quaest. 1.*

(2) *Fab. cod. de rapt. virg. lib. 9. tit. 9 def. 1. num. 3. in allegat.*

§. 831.

Hinc satis patet responsio ad argumentum illud ex jure desumptum, ex quo ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus (1). Nam, praeterquamquod hoc argumento etiam demonstraretur, raptus nomine hic quoque intelligendum eum, qui fieret ad alios fines, puta ad furtum alicujus rei allata regula ita intelligenda est, nisi ratio ex sententia legis deprompta distinctionem expostulet. Concludamus ergo, Concilii Tridentini patres de raptu tantum locutos, qui matrimonii contrahendi caussa fiat (2).

(1) *Argum. l. de pretio 8. ff. de Publiciana in rem act.* (6. 2.), *cap. Quia circa 22. extra de privilegiis.* (5. 33.)

(2) *Atque ita definitum a S. Congregatione Concilii die 23. Januar. 1586. refert Ferraris. V. Impedimenta matrim. art. 2. num. 122.*

§. 832.

Difficilior quaestio est, utrum hic jus civili cum ecclesiastico consentiat. Si Fabro credimus, raptus proprie dicti reus fit, quicumque etiam ad libidinem tantum mulierem abducit (1). Verum, si Justiniani constitutionem, ejusdemque legis rationem attente perpendamus, dubium videri potest, utrum vere in hac specie raptus ille interveniat, quem tam graviter puniendum Imperator decrevit. Primum enim sanctione sua compre-

hendere eos videtur, qui libidinis explendae caussa mulieres abducunt, dum ait: *maxime cum virginitas, vel castitas corrupta restitui non possit* (2): deinde, constitutionem hanc ad eos tantum pertinere indicat, qui matrimonii caussa foeminam rapiunt, dum eos persequitur, qui hostili more student, matrimonia sibi conjungere: et vult, ut, qui uxorem ducere desiderant, leges a se latas, et antiquam petendae conjugis ab iis, sub quorum potestate est, consuetudinem servent (3). Quare judicis officium esse videtur, ut attente perpensis omnibus adjunctis graviorem, vel leviorem, prout aequitas suadebit, irroget poenam vel raptus, vel stupri: ita tamen ut juxta Marciani consilium potius proclivis sit ad severitatem legum benignitate temperandam (4).

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4.

(1) *Fab. cod. de rapt. virg. lib. 9. tit. 9. def. 1. num. 2. in corpore.*

(2) *Princ. d. l. unic. cod. de rapt. virg.* (9. 13.)

(3) *Quoniam nullo modo, nulloque tempore datur a nostra Serenitate licentia, eis consentire, qui hostili more in nostra republica matrimonia student sibi conjungere. Oportet etenim, ut quicumque uxorem ducere voluerit . . . , secundum nostras leges, et antiquam consuetudinem, parentes, vel alios, quos decet, petat, ut cum eorum voluntate fiat legitimum conjugium. D. l unic.* §. 1. *in fine.*

(4) *Plane in levioribus caussis proniores ad lenitatem judices esse debent: in gravioribus poenis severitatem legum cum aliquo temperamento benignitatis subsequi. L. Perspiciendum est 11. ff. de poen.* (48. 19.)

§. 833.

Sequitur cultus disparitas, quo religionis diversitatem intelligimus: unde fit, non quidem ut invalidum sit matrimonium catholici cum ea, quae haeresim profiteatur, sed ut contrahi nequeat a fideli cum infideli, seu a baptizato cum non baptizata (1); ratio autem, cur ecclesiastico jure prohibeatur hujusmodi conjugium, ea esse videtur, quod sacramenti naturam induere non possit, saltem ex parte infidelis, cum baptismus caeterorum sacramentorum janua sit (2): et simul, quia praevaricationis periculum immineat.

(1) *Cap. Cave* 15. *caus.* 28. *qu.* 1.

(2) *Dixi, jure ecclesiastico dirimi hoc matrimonium; nam, si sola naturae lex spectetur, nihil impedit, quominus valeat, tamquam contractus. Hinc in lege veteri plura sunt illustrium, et sanctorum virorum exempla, qui infidelibus se conjunxerunt: sic Joseph duxit uxorem Asenet Ægyptiacam. Genes. cap.* 41., *Moyses Sephoram Æthiopissam. Exod. cap.* 2., *Esther Assuero nupsit Chaldaeo. Esther cap.* 2.

§. 834.

Hactenus perpendimus, qui sint contrahendi conjugii capaces, quaenam requirantur qualitates in iis, qui contrahere intendunt: quique vel cum omnibus, vel cum aliquibus dumtaxat personis prohibeantur. Verum haec non sufficiunt, ut contractum matrimonium validum dici possit, nisi insuper ea forma adhibita sit, quam naturales, divinae, aut humanae leges praestituerunt, juxta vulgatum philosophorum axioma: forma dat esse rei. Agendum ergo nobis est de forma, qua matrimonium celebrari debeat.

CAPUT III.

Quae sit forma contrahendi matrimonii.

SUMMARIUM.

Duplex hic, ut in caeteris contractibus, forma est: intrinseca et extrinseca. Intrinseca est consensus: extrinseca sunt solemnitates. §. 835.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4.

§. 835.

In matrimonio, sicut in quolibet alio contractu, duplex consideranda est forma: intrinseca nempe, et extrinseca. Intrinseca cujusque contractus forma est consensus, sine quo intelligi non potest duorum, vel plurium in eandem rem conventio: ad extrinsecam vero pertinent solemnitates a legibus praescriptae, ut contractus vim suam exerere possit: veluti scriptura, testium subscriptio, et similia. De hac duplici forma seorsim acturi sumus.

SECTIO I.

Quae sit forma intrinseca contrahendi matrimonii.

SUMMARIA.

Matrimonium potissimum consensu perficitur: ecclesiastici, et civiles legumlatores ejus libertati singulariter prospexerunt. §. 836.

Consensui obstant error, vis, et metus. Quid sit error, et quo differat ab ignorantia? § 837.

Error juris est, vel facti: hic proprii, vel alieni: proprii non praesumitur, prodest alieni: error juris regulariter non excusat. §. 838.

Insuper error vel afficit rei substantiam, vel quantitatem, qualitatem, nomen, vel caussam. Exemplis illustrantur hae species erroris. §. 839.

Quadruplex hic solet distingui error: personae, fortunae, qualitatis et conditionis. §. 840.

Error personae jure etiam naturali conjugium irritat, non caeteri. §. 841.

Nisi contraheus ea mente sit, ut aliter contrahere nolit. Haec tamen intentio probanda est. §. 842.

Error conditionis, seu status personae jure ecclesiastico irritat conjugium. §. 843.

Sed duae requiruntur conditiones. 1. Ut servilis conditio ignoretur. 2. Ut ignorans liber sit. Consectaria harum conditionum. §. 844.

Valet matrimonium a persona libera contractum cum libera, quam servilis conditionis putabat. §. 845.

Valet matrimonium servorum inter se, etiam invitis dominis. §. 846.

Vis, quae proprie a metu distinguitur, est majoris rei impetus, qui repelli non potest. Sed nemo proprie cogitur ad matrimonium. §. 847.

De metu remissive. §. 848.

Celsus asserens, valere matrimonium a filio patre cogente celebratum, intelligendus est de metu simpliciter reverentiali. §. 849.

Tria notanda. 1. Qui metum allegat probare debet. 2. Facilius gravis judicatur in foemina. 3. Judicis arbitrio statuendum, an gravis, an levis metus fuerit. §. 850.

Amentes, furiosi extra dilucida intervalla matrimonii capaces non sunt. §. 851.

Communis sententia est, jure civili olim sine consensu parentum conjugium irritum fuisse, qui tamen tacitus sufficeret. §. 852.

Probabilius est, praecedere nuptias debuisse, itaut ratihabitio non retrotraheretur. §. 853.

Parentum nomine veniunt pater, et avus paternus. §. 854.

Si pater, aut avus fureret, consensus Magistratuum, vel antistitum, et curatoris furiosi exquirendus erat. Quid si captivi fuissent parentes? §. 855.

Filii emancipati sine parentum consensu contrahebant: filiae vero etiam emancipatae non excedentes annum XXV. sine parentum consensu nubere non poterant. §. 856.

Matris consensus jure Romano non exquirebatur. Si patre filia orbata esset, et a matre, ac propinquis dissensisset, judex definiebat, cui potius socianda esset puella. §. 857.

Ex aequitate tamen, et publica utilitate juxta Paulum non dissociabantur conjugia sine parentum consensu inita. §. 858.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4.

Huic aequitati consentiunt canones, qui haec quidem improbant conjugia, sed non irritant. §. 859.

Quaestiones de matrimonio, quae spectant ad ejus vim, dirimuntur ex jure canonico. §. 860.

Jure civili filius contrahens sine patris consensu potest exheredari, si indecoram duxerit. §. 861.

Filiae raptus poenae subjiciuntur, si contrahant sine parentum consensu: dote, et alimentis stricto jure privantur, et legitima, si indigno nubant. §. 862.

Filia tamen, quae excessit annum XXV., sine consensu parentum nubere potest. §. 863.

Deficientibus parentibus non consensus, sed consilium curatorum exquirendum est, et consanguineorum. §. 864.

Consensus interior non sufficit, sed exterius verbis, signis, vel nutibus manifestandus est. §. 865.

Contrahi potest matrimonium inter absentes, per litteras, vel nuncium, vel procuratorem. §. 866.

Ut per procuratorem contrahatur, quatuor requiruntur conditiones. Prima est, ut speciale mandatum habeat. §. 867.

Altera, ut, quando matrimonium a procuratore contrahitur, mandatum non fuerit revocatum, etiam inscio procuratore. §. 868.

Tertia, ut designetur certa persona, cum qua sit contrahendum. §. 869.

Postrema, ut procurator diligentissime custodiat fines mandati. §. 870.

Procurator potest alterius sexus esse ab illo, cujus nomine contrahit. §. 871.

Matrimonium contrahi nequit ex die, in diem, vel sub conditione. §. 872.

Conditiones turpes, quae adversantur substantiae conjugii, illud irritant. Caeterae pro non adjectis habentur. §. 873.

De aliis conditionibus dissentiunt interpretes. Quidam putant, matrimonium pure contractum censeri, sed conditionem implendam esse. §. 874.

Censent alii, et rectius, illicitas esse conditiones in matrimonio; quod incertum esse non debet. §. 875.

Si autem adjiciantur, illud suspendi putant, non secus ac alios contractus. §. 876.

§. 836.

Matrimonium consensu potissimum perfici, neque sine illo vim habere posse, demonstrat vel ipsa ejusdem natura, qua vinculum ex se perpetuum, et gravissimum suscipitur ex parte utriusque conjugis. Hinc unanimi consilio ecclesiastici, et civiles legumlatores, matrimonii libertati prospicere, singulari diligentia studuerunt, tum favore ipsorum conjugum, tum reipublicae, quae gravissima damna sustinet ex coactis conjunctionibus, scilicet propter odia, dissensiones, rerum familiarium jacturam, quae inde oriri solent; tum ob neglectam congruam liberorum educationem, quae aliter perfici non potest, nisi parentibus una sit mens, et mutua invicem charitate jungantur. Hinc supervacaneum esset, diutius in hoc demonstrando immorari; potius inquiramus, quae consensum auferre, vel imminuere possint; et an ipsorum contrahentium consensus sufficiat, an potius accedere eorum consensus debeat, quorum subjiciuntur potestati.

§. 837.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4.

Tria sunt, quae libero consensui obesse possunt, error, vis, et metus. Error, qui nihil aliud est, quam falsum mentis judicium, quo quis existimat rem esse, quae non est, aut alio modo esse, quam sit, vel non esse, quae tamen existit, in jure saepe cum ignorantia confunditur (1); quamquam ignorare proprie dicitur, qui nesciens nullum profert judicium; errare vero, qui falso judicat. Unde patet, errorem quidem, sine ignorantia esse, non posse; qui enim male judicat, rem, uti est, revera ignorat; posse vero quem ignorare, quin erret, si a judicio ferendo abstineat.

(1) *L. Error facti* 8., *junct. l. Regula* 9. §. *Sed facti* 2., *l. In omni parte* 2., *juncta l. Juris ignorantiam* 4. *ff. de jur. et fact. ignorant.* (22. 6.), *l. Si per errorem* 15. *ff. de jurisdictione.* (2. 1.)

§. 838.

Error multipliciter dividitur; alius enim *juris* dicitur, cum quis jus alio modo constitutum credit, quam revera sit, puta minori licere, res suas libere alienare: alius *facti:* veluti si quis existimaret, Titium minorem aetatem jam excessisse, intra quam tamen adhuc constitutus est. Error facti vel versatur circa factum proprium, vel circa alienum. Alter autem ab altero differt, quod longe facilius excusatur error facti alieni, quam proprii (1); quia praesumptio est, quem scire propria facta, atque ignorare aliena: sed et facti alieni tunc tantum prodest error, cum a culpa immunis est (2). Error juris excusare non solet, nisi mulieres, minores, milites, rusticos (3): modo et ipsis nulla objici possit culpa, vel negligentia; neque enim audiendi essent, si, cum copiam peritorum haberent, prae negligentia consilium ab iis non expostularunt (4).

(1) *L. Plurimum interest* 3. *ff. de jur. et fact. ignorant.* (22. 6.)
(2) *D. l.* 3. §. 1., *l. Regula* 9. §. *Sed facti* 2. *ff. eod. tit.*
(3) *L. In omni parte* 2., *d. l.* 9. *princ.*, *et* §. 1. *ff. eod. tit.*
(4) *Sed juris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum, existimat, si jurisconsulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit: ut, cui facile sit scire ei detrimento sit juris ignorantia. D. l.* 9. §. *Sed juris* 3.

§. 839.

Insuper error dividi etiam potest in eum, qui rei substantiam afficiat, vel quantitatem, vel qualitatem, vel nomen, vel caussam. Error in substantia, seu in corpore est, cum quis in ipsa re decipitur: puta si quis fundum Sempronianum pro Corneliano emat. In quantitate, si quis praedium, quod decem jugeribus constet, ex viginti compositum esse, dijudicet. In nomine unam pro alia denominationem assumens: in caussa si quis alicui rem donet, vel vendat; quia eum consanguineum suum arbitratur: error in qualitate contingeret in eo, qui fundum uberes fructus ferentem propter salubritatem coeli, et soli bonitatem crederet, cum contra sterilis, et in coelo corrupto sit, ut leges loquuntur (1).

(1) *L. Quid sunt aliud* 86. *ff. de verb. significat.*, *l. Si cujus rei* 13. §. *Si tamen* 6. *ff. de usufruct.* (7. 1.)

§. 840.

Exempla haec potius ad alios contractus pertinent, quam ad matrimonium, lucem tamen afferre, etiam possunt, huic argumento, in quo communiter quadruplex distingui error solet, uti jam supra adnotavimus (§. 603.), ubi de errore in sponsalibus diximus, videlicet personae, fortunae, qualitatis, et conditionis. Error personae est, cum quis unam alterius loco accipit: error fortunae, cum pauper est, qui dives putatur: error qualitatis, cum bonus existimatur, qui pravos habet mores, vel virgo creditur, quae vidua est, aut ab alio jam corrupta: demum error conditionis hic non ille intelligitur, quo nobilis, puta, existimetur, qui e plebejorum numero est, hic enim error pertinet ad qualitatem: sed, quo liber creditur, qui servitutis jugo continetur (1).

(1) *Cap. unico* §. 2. *caus.* 29 *qu.* 1.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod l. 5. tit 4.

§. 841.

Errore personae matrimonium dirimi, certum est, non solum jure positivo (1), sed etiam naturali; quia consensum impedit (2), sine quo nullo modo matrimonium consistere potest (3). Sed aliud affirmandum de errore, qui versatur circa fortunam, aut qualitatem personae; quae enim qualitatem, aut fortunam respiciunt, accidentalia sunt, atque ideo consensum non excludunt (4).

(1) *D. cap. unic.* §. 2. *caus.* 29. *qu.* 1.

(2) *Quid enim tam contrarium consensui, quam error? L. Si per errorem* 15. *ff. de jurisdictione* (2. 1.), *l. Cum testamentum* 8., *l.* 9. *cod. de jur., et fact. ignorantia.* (1. 18.)

(3) *L. Nuptias* 20. *ff. de reg. jur.*, *l. Nuptiae* 2. *ff. hoc tit.*, *cap. Sufficiat* 2. *caus.* 27. *quaest.* 3.

(4) *D. cap. unic.* §. 2.

§. 842.

Exceptio est, si matrimonium contrahens qualitatem, vel fortunam ita intenderet, ut ea mutata, vel sublata nullatenus consensum praestare vellet; tunc enim fortuna, vel qualitas conditionis naturam indueret, sine qua contrahere non vult; liberum autem est cuique contrahenti, quam velit, conditionem adjicere, modo possibilis, et honesta sit: qua deficiente, deficiat pariter contractus, necesse est (1). Haec tamen conditio, nisi exterius fuerit manifestata, in foro externo apposita, et volita vix credetur: praeterquam si gravissimi ponderis adjuncta ita suadeant, ut in exemplo, quod vulgo afferri solet, Principis, qui Regis filiam, et regni heredem matrimonio sibi jungere volens aliam per errorem duceret, quae nec Regis filia sit, nec regni heres.

(1) *L. Cum in secundo* 16. *ff. de injusto, rupto, et irrito fact. testam.* (28. 3)

§. 843.

Quod de errore personae matrimonium dirimente lex naturae constituit, idem ecclesiastici legislatores de errore conditionis praescripserunt (1); quia tam gravis immutatio visa est, quae per servilem conditionem contingit, ut consensum excludere videatur: quod tamen de servis proprie dictis intelligendum est, non de adscititiis, seu talliabilibus (V. §. 479.).

(1) *Cap. ult. extra de conjug. servorum* (4. 9.), *cap. Si quis ingenuus* 4. *caus.* 29. *qu.* 2. *Hanc juris canonici sanctionem confirmavit Justinianus Novell.* 22., *cap. Si vero* 10.; *atque insuper voluit, ut dominus, qui nuptui tradiderit ancillam suam, tamquam liberam, dominio ejus privetur. Cap. Nam si tradiderit* 11.

§. 844.

Verum, ut jus hoc obtineat, duae requiri solent conditiones: quarum prima est, ut servilis conditio ignoretur; altera, ut persona, alterius conditionem ignorans, libera sit (1). Hinc sequitur, valere matrimonium a persona libera contractum cum servili, si ejus conditionem non ignoraverit (2). Validum pariter est matrimonium a servo contractum cum alia persona ejusdem conditionis, quam liberam existimabat; quamvis enim et in hac specie error conditionis sit, ita gravis non videtur, ut consensum excludere possit; non enim alteri conditionem jure exprobrat, qui sub eadem est constitutus.

(1) *S. Thomas in* 4. *distinct.* 36. *art.* 1. *ad* 1., *S. Bonaventura in* 4. *sententiarum distinct.* 36. *art.* 2. *qu.* 2.

(2) *Cap. Proposuit* 2., *d. cap. ult. extra de conjug. serv.*, *d. cap.* 2. *caus.* 29. *quaest.* 2.

§. 845.

Hinc etiam vulgo inferunt doctores, valere matrimonium contractum a persona libera cum alia, quae ejusdem conditionis sit, quam tamen servam putabat: ut et a persona serva celebratum cum libera, quae servili conditioni addicta existimabatur; neque enim consensus deficere ex eo praesumitur, quod alterius conditio melior detegatur.

§. 846.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4.

Sane valere matrimonium inter eos, quorum uterque servili jugo subjectus sit, etiam invitis dominis, jampridem est constitutum (1); ad servos enim non minus pertinet, quam ad ingenuos Christi sententia: quod Deus conjunxit, homo non separet (2).

(1) *Cap.* 1. *caus.* 29. *qu.* 2., *cap.* 1. *extra de conjugio servorum.* (4. 9.)

(2) *D. cap.* 1. *caus.* 29. *qu.* 2.

§. 847.

Vis, quam saepe etiam jureconsulti cum metu confundunt, quamquam proprie a metu distinguitur, quatenus vis exterius hominem afficit, qui invitus ad aliquid faciendum adigitur: metus potius interior est, voluntatem afficiens, quae non alio sensu coacta dici potest, quam, quia malum, quod quis minatur, pati debebit; nisi alterius metum inferentis placito obsequatur: vis, inquam, definiri solet: *majoris rei impetus, qui repelli non potest* (1). Vix autem de vi quaeri potest in hoc argumento; cum proprie nemo cogi possit, ut omnino invitus matrimonio praestet consensum.

(1) *L. Vis autem* 2. *ff. quod met. caus.* (4. 2.)

§. 848.

Quod ad metum pertinet, jam supra tradidimus, quid, et quotuplex sit, cum de sponsalibus ageremus (§. 596.): ubi etiam demonstravimus, metum levem sponsalium vim non impedire (§. 597.): ut nec gravem, qui ab intrinseco proveniat, vel ab extrinseca caussa juste incutiatur (§. 598.); nec etiam reverentialem, qui a gravibus minis, verberibus disjunctus sit (§. 600.); sed tantum ex metu gravi, et injuste incusso sponsalia irrita fieri (§. 599.); quamvis jurejurando fuissent firmata (§. 601. et 602.). Haec omnia etiam matrimonio conveniunt, ut per se patet.

§. 849.

Non nocet, quod Celsus ait, valere matrimonium a filio patre cogente contractum, quamvis inter invitos non contrahatur; quia maluisse creditur filius (1); siquidem jureconsultus de metu simpliciter reverentiali intelligendus est; ipso enim Romano jure inspecto, quamvis parentum consensus ad nuptias requireretur (2), non tamen solo patris consensu contrahi poterant (3); neque sufficiens ad nuptias consensus intervenisse existimabatur, si, ut patris tantum imperio obsequeretur, filius contraxisset (4).

(1) *Si patre cogente ducit uxorem, quam non duceret, si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium: quod inter invitos non contrahitur: maluisse hoc videtur. L. Si patre* 22. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Nuptiae* 2. *ff. eod. tit.*

(3) *D. l.* 2., *l. In sponsalibus* 7. §. 1., *l. Filiofamilias* 3. *ff. de sponsal.* (23. 1.)

(4) *Velle non creditur, qui obsequitur imperio patris. L. Velle* 4. *ff. de reg. jur.*

§. 850.

Tria adhuc notanda supersunt. Primum est, onus probandi incumbere ei, qui metu contraxisse affirmat, non tantum metum ipsum, sed illius qualitatem; quae enim facti sunt, nunquam praesumuntur, nisi probentur (1). Alterum est, facilius gravem metum in foemina judicari, quae ad timorem, imbecillitate sua, proclivior est, quam in viro (2). Tertio demum, an metus gravis sit, an levis, cum certa pro omnibus casibus regula praestitui non possit, judicis arbitrio definiendum esse (3): qui singula personarum potissimum, tum locorum, et mali adjuncta perpendet.

(1) *L. Quotiens operae* 18. *ff. de probationibus* (22. 3.), *l. Ab ea parte* 5. *ff. eod. tit.*

(2) *Argum. capit. Indignantur* 4. *caus.* 32. *qu.* 6.

(3) *Argum. l. Metus autem* 3. *ff. ex quib. caus. major.* (4. 6.), *l. Sunt quaedam* 9. *ff. de extraordinariis criminibus.* (47. 11.)

§. 851.

Cum haetenus demonstratum sit, consensum ad matrimonii vim omnino requiri, vix monendum est, amentes, furiosos, quia consensus incapaces sunt, ad matrimonium ea ratione inhabiles esse, nisi tempore dilucidi intervalli contractum matrimonium proponatur (§. 703.). Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4.

§. 852.

De contrahentium consensu vix disputant interpretes. Gravior est quaestio, an consensus parentum, aut propinquorum necessarius sit in nuptiis filiorum, pupillorum, aut minorum. Quod ad parentum consensum pertinet, fere omnes tradunt, jure civili ita necessarium fuisse, ut, eo deficiente, nec nuptiae essent, nec liberi inde nati legitimi censerentur (1): nec dos diceretur, nec alii, qui ex legitimo matrimonio oriuntur, effectus in hisce nuptiis locum haberent. Consensus autem parentum in filiorum nuptiis requisitus, sive expressus fuisset, sive tacitus sufficiebat, in eo positus, quod pater, cognitis filii sui nuptiis, nequaquam contradixisset (2).

(1) *Paulus respondit, eum, qui vivente patre, et ignorante de conjunctione filiae conceptus est, licet post mortem avi natus sit, justum filium ei, ex quo conceptus est, (esse) non videri. L. Paulus* 11. *ff. de statu hom.* (1. 5.)

(2) *L. Si (ut proponis* 5. *cod. hoc tit.)*

§. 853.

Disputant interpretes, utrum paternus consensus praecedere necessario debuerit nuptias. Probabilior videtur affirmantium opinio, itaut ratihabitio in futurum quidem eas legitimas faceret, sed ad tempus praeteritum non retrotraheretur (1). Nec aliud tradit Alexander, ex quo pater, qui cognitis nuptiis filii, iis non contradixit, nepotem suum agnoscere tenetur (2); siquidem intelligendus est Imperator de nuptiis contrahendis, non autem jam contractis.

(1) *L. Si uxor* 13. §. *Si quis uxorem* 6. *ff. ad l. Juliam de adulteriis* (48. 5.), *argum. l. Eos, qui* 65. §. 1. *ff. hoc tit., l. Etsi contra* 6. *cod. hoc tit., l. Paulus respondit* 11. *ff. de statu homin.* (1. 5.)

(2) *D. l. Si (ut proponis)* 5. *cod. hoc tit.*

§. 854.

Parentum nomine intelligimus patrem, vel avum paternum, itaut utroque vivente utriusque consensus fuerit requisitus in filii nuptiis, ne alterutri invito heres agnasceretur. Si vero neptis in matrimonium danda fuisset, solius avi paterni sufficiebat consensus; quippe filii ex nepte nati non patris, aut avi paterni familiam sequuntur, sed patris, aut avi, cui ejusdem neptis vir subjicitur (1). Avi autem paterni consensus ex juris Romani principiis sufficere debebat; quia ipse solus Princeps erat familiae, ejusque potestati tum filius, tum neptis subjiciebantur: quae ratio, licet in nepote etiam locum haberet, patris tamen etiam desiderari consensum, aequitas suadebat, ne ipsi invito heres agnasceretur.

(1) *Nepote uxorem ducente, et filius consentire debet: neptis vero si nubat, voluntas, et auctoritas avi sufficiet. L. Oratione* 16. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 855.

Si pater, aut avus, propter furorem, liberorum nuptiis consentire non potuissent, Justinianus permisit liberis, ut matrimonium inirent, auctoritate tamen praefecti urbis, praesidis provinciae, vel locorum antistitis: dotis, et ante nuptias donationis quantitate definienda praesentibus nobilioribus ex propinquis, atque curatore, furioso, sive dementi avo, vel patri dato (1). Si autem pater, aut avus in captivitate fuissent, aut absentes, post triennii absentiam liberis permittebatur matrimonium (2): imo et intra triennium matrimonium rite contrahi poterat, dummodo filius eam duceret uxorem, vel filia ei nuberet, cujus conditionem, certum esset, patrem non repudiaturum (3).

Inst. 1. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4.

(1) *L. Si furiosi* 25. *cod. hoc tit.*
(2) *L. Si nepos* 9. §. *Is, cujus* 1., *l. Si ita* 10. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Si filius ejus* 11. *ff. eod. tit.*

§. 856.

Quae hactenus de consensu parentum diximus, ad filios tantum pertinebant, qui in patria potestate essent, non vero ad emancipatos (1); neque enim ex filio emancipato agnascitur patri heres: filiabus vero, sive virgines, sive viduae essent, si annum quintum et vigesimum nondum excessissent, sine patris consensu, non obstante emancipatione, nuptias celebrare non permittebatur: eo tamen addito, ut, cum filiae voluntas patris voluntati repugnaret, imo et propinquorum, mulieris voluntas praevaleret, si, parem genere, ac moribus elegisse, judiciali cognitione constitisset (2).

(1) *L. Filius emancipatus etiam sine consensu patris uxorem ducere potest. L. Filius* 25. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Viduae* 18. *cod. hoc tit.*

§. 857.

Matris consensus jure Romano in nuptiis filiorum non fuit desideratus, deficiente videlicet patria potestate hujus juris fundamento: quin etiamsi filia minor fuisset, matris quidem, atque propinquorum judicium exquirendum erat, verum ipsius quoque adultae consensus explorari debebat: itaut si puella cum aliis non consensisset, vel noluisset, propriam manifestare voluntatem, judicis officium esset definire, cui potius socianda foret (1).

(1) *L.* 1., *l. In conjunctione* 20. *cod. hoc tit.*

§. 858.

Caeterum haec quidem ex juris rigore observabantur; inspecta tamen aequitate, et publica utilitate, quae semper privatorum commodis anteponenda est, in foro obtinuisse, auctor est Paulus, ut matrimonia filiorum, sine parentum consensu celebrata, minus quidem honesta existimarentur, sed tamen contracta neutiquam dissolverentur (1).

(1) *Eorum, qui in potestate patris sunt, sine voluntate ejus matrimonia jure non contrahuntur, sed contracta non solvuntur; contemplatio enim publicae utilitatis privatorum commodis praefertur. Paulus lib.* 2. *recept. sentent tit.* 19. §. 2.

§. 869.

Juri huic in foro apud Romanos ex aequitate recepto consentiunt ecclesiasticae leges, quibus definitum, matrimonia a filiisfamilias, vel filiabus sine parentum consensu inita vera, et legitima esse; quin parentes possint ea irrita facere, quamvis illicita sint, atque prohibita; utpote parum consentanea reverentiae, et obsequio, quod filii parentibus debent (1).

(1) *Conc. Trident. sess.* 24. *de reformat. matrim. cap.* 1.

§. 860.

Si autem quaeratur, quodnam jus nunc in foro obtineat, respondemus, quaestiones, quae hinc oriuntur, partim ex jure civili, partim ex jure canonico dirimi. Quod pertinet ad matrimonii validitatem, sequimur jus canonicum, sicut in caeteris, quae ad animam, ut ait Faber, et ad sacrosancta ecclesiae sacramenta pertinent (1): non ita in caeteris, quae effectus civiles respiciunt.

(1) *Fab. cod. de nuptiis lib.* 5. *tit.* 2. *def.* 2., *Thes. quaest. forens. lib.* 4. *qu.* 70. *num.* 5. *V.* §. 740. *in corp. et in allegat.*

§. 861.

Hinc, cum idem jus canonicum illicitas declaret hujusmodi nuptias, et contra filiorum officium, jure autem civili liberi debitum obsequium parentibus denegantes puniri jubeantur; idcirco constitutum, ut filius in hoc casu possit a patre exheredari, si tamen eam duxerit uxorem, quae sit ignominiosa, et dedecori futura patri, non aliter (1).

(1) *Fab. d. def.* 2 *num.* 2. *et* 3. *in corpore. Regio jure filii sine consensu parentum matrimonia celebrantes interim sola necessaria alimenta percipiunt: salvo jure legitimae post parentum mortem. Reg. Const. lib.* 5. *tit.* 3. §. 8. *Quin et exheredari possunt, si eam duxerint, quae dedecus familiae sit allatura: ibid.* §. 10.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4.

§. 862.

Severius receptum fuit jus contra filias, quas raptus poenae subjici, si contrahant sine parentum consensu matrimonium, atque ideo non tantum dote, sed etiam alimentis, cum viro indigno nubunt, privandas definitum refert Thesaurus; imo et legitima post mortem patris (1), si jus strictum attendatur: quamvis ex commiseratione exigua dos, qua alimenta parare sibi possit, filiae non censuerit Senatus denegandam (2).

(1) *Thes. quaest. forens. l.* 1. *qu.* 70. *num.* 9. 14. *et ult.*

(2) *Thes. ibid. Jure Regio alimenta filiae ante* XXV. *an. nubenti sine patris consensu tantum in subsidium debentur, si vir inops sit: salvo tamen jure ad congruam dotem post parentum decessum. Reg Const. lib.* 5. *tit.* 3. §. 9.

§. 863.

Verum haec tunc tantum obtinent, cum filia minor viginti quinque annis sit; cum enim ex vetere Romano jure pater filias in matrimonium collocare, et dotare, a Magistratibus cogeretur, imo et illis deberet conditionem quaerere (1): Justinianus autem constituerit, ut filiae nulla possit culpa imputari, si postquam ad vigesimumquintum annum pervenerit, et parentes distulerint, eam matrimonio jungere, ipsa virum sibi quaesierit (2), merito receptum, ut nulli poenae subjaceat filia, quae post vigesimumquintum annum parentum consensu insuper habito nuptui se collocaverit (3).

(1) *Capite trigesimoquinto legis Juliae, qui liberos, quos habent, in potestate, injuria prohibuerint ducere uxores, vel nubere, (vel qui dotem dare non volunt, ex constitutione Divorum Severi et Antonini) per Proconsules, Praesidesque provinciarum coguntur, in matrimonium collocare, et dotare: Prohibere autem videtur, et qui conditionem non quaerit. L.* 19. *ff. hoc tit.*

(2) *Si vero usque ad* XXV. *annorum aetatem pervenerit filia, et parentes distulerint, eam marito copulare, et forsitan ex hoc contigerit, in suum corpus eam peccare, aut sine consensu parentum marito se, libero tamen, conjungere, hoc ad ingratitudinem filiae noluimus imputari; quia non sua culpa, sed parentum, id commisisse, cognoscitur. Novella* 115. *cap. Aliud quoque* 3. §. *Si alicui* 11., *Auth. Sed si, post l. Si filiam* 19. *cod. de inoffic. testam.* (3. 28.)

(3) *Thes. d. quaest.* 70. *lib.* 1. *num.* 8. †

§. 864.

Deficientibus parentibus, non quidem consensum, sed consilium tutorum, et curatorum exquirendum esse Romanae leges voluerunt: ita tamen ut eo praetermisso nuptiae non desinant, vires suas exercere (1): quamquam apud nos prohibitum est, ne curator patiatur minorem, cujus curam gerit, nuptias contrahere sine consensu agnatorum, et cognatorum: ex quo tamen non sequitur, posse curatorem prohibere, ne minor se inscio nubat, aut uxorem ducat, dummodo nihil fiat insciis agnatis, et proximis (2).

(1) *L. Sciendum est* 20. *ff. hoc tit., l.* 1., *l. In conjunctione* 20. *cod. hoc tit.*

(2) *Fab. cod. de incest., et inutilib. nuptiis lib.* 5. *tit.* 3. *def.* 12.

§. 865

Postquam expendimus, quorum consensus in matrimonio contrahendo desideretur, inquirendum est, qua ratione possit, aut debeat manifestari; neque enim interior consensus hic sufficeret; quia cum de contractu agatur, sive de duorum in eandem rem consensione, aliquod exterius signum requiritur, quo alter alterius voluntatem cognoscat, ut eidem se conformare valeat. Nemini sane dubium est, quin etiam per nutus, et signa consensus manifestari possit, adeoque muti, et surdi matrimonii contrahendi capaces sint

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4.

(1); verba enim instituta unice sunt ad demonstrandas animi cogitationes. Si ergo illae, quacumque ratione, innotescant, supervacaneum est, verba desiderare.

(1) *Cap. Cum apud sedem* 23. *extra de sponsalib.* (4. 1.)

§. 866.

Duo igitur discutienda sunt, quae dubia videri possunt: primum est, utrum matrimonium rite contrahatur inter absentes; alterum est, an, et quae conditio matrimonio adjici possit. Quod ad primam quaestionem pertinet, unanimis est omnium sententia, valere matrimonium inter absentes celebratum per litteras (1), per nuncium (2), vel per procuratorem (3); matrimonium enim contractus est, qui solo consensu perficitur (4): contractus autem omnes inter absentes fieri, atque consensum praestari, nihil impedit. Neque obest, quod ad sacramenti dignitatem evectum fuerit conjugium; hinc enim non destructa, aut immutata, sed perfectior ejus natura facta fuit.

(1) *L. Sufficit* 4. §. 1. *ff. de sponsalib.* (23. 1.), *l. Mulierem* 5. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 5.
(3) *Cap. ult. extra de procuratoribus in* 6. (1. 19.)
(4) *L. Nuptias* 30. *ff. de reg. jur.*

§. 867.

Verum, ut matrimonium per procuratorem contractum valeat, quatuor solent requiri conditiones. Prima est, ut procurator speciale ad hoc mandatum habeat (1); neque enim per generale mandatum concessa praesumi potest facultas negotii tam gravis perficiendi. Neque procurator per substitutum exequi potest mandatum, nisi specialis substituendi potestas data fuerit; quamvis in aliis negotiis facultas haec plerumque non denegetur: alia enim hic regula constituenda fuit propter grave periculum, quod ex facto tam arduo posset imminere, ut loquitur Bonifacius VIII. (2).

(1) *D. Cap. ult. de procurator. in* 6.
(2) *D. Cap. ult.*

§. 868.

Altera conditio est, ut eo tempore, quo matrimonium a procuratore contrahitur, neque expresse, neque tacite, neque interius, neque exterius concessa facultas fuerit revocata: quin intersit, utrum procurator revocationem sciverit, an ignoraverit; mandato enim revocato deficit in revocante consensus, sine quo matrimonium consistere non potest (1). In externo tamen foro nulla haberetur ratio revocationis mere interioris, quae aliquo externo signo non fuisset manifestata; nemo enim cogitasse praesumi debet, quod nullatenus demonstraverit (2), potissimum si de proprio facto retractando quaestio sit.

(1) *D. Cap. ult. extra de procuratorib. in* 6., *d. l.* 30. *ff. de reg. jur.*
(2) *L. Labeo ait* 7. §. 2. *in fine ff. de supellect. legat.* (33. 10.)

§. 869.

Tertia conditio exigit, ut mandatum speciale procuratori detur, quo designata sit certa persona, cum qua matrimonium sit contrahendum (1); hic enim non agitur de negotio, quod ex communi hominum aestimatione executioni mandari possit, sed de eo, quo specialis cujusque affectio attendenda est.

(1) *Generali mandato quaerendi mariti filiaefamilias, non fieri nuptias, rationis est: Itaque personam ejus patri demonstrari, qui matrimonio consenserit, ut nuptiae contrahantur, necesse est. L. Generali* 34. *ff. hoc tit.*

§. 870.

Postrema demum, quae hic observanda conditio praecipitur, procuratorem monet, ut diligentissime custodiat suscepti mandati fines; si enim in aliqua re limites potestatis sibi concessae egrediatur, timendum est, ne consensus in principali deficiat (1). His addi potest, post Concilii Tridentini constitutionem, ut coram parocho, et duobus testibus procuratores conjugium ineant (2).

(1) *Diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt; nam qui excessit, aliud quid facere videtur. L. Diligenter 5. ff. mandati.* (17. 1.)

(2) *Imo monet Benedictus XIV. de synodo dioecesana lib.* 13. *cap.* 23. § 9., *cautius esse, ut matrimonia sic celebrata a conjugibus servata Concilii Tridentini forma renoventur.*

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4.

§. 871.

Caeterum animadvertunt vulgo interpretes, procuratorem alterius sexus esse posse ab illo, cujus nomine contrahit; non enim sexus qualitas attenditur in eo, qui alterius vices gerit: neque ullam certam requiri aetatem in procuratore, modo capax sit ad manifestandum consensum ejus, a quo suscepit mandatum.

§. 872.

Non sicuti per procuratorem, nuncium, vel epistolas contrahi matrimonium potest, ita ex die, in diem, vel sub conditione. Non ex die; matrimonium enim praesentem corporum traditionem requirit, quae si in futurum differatur, non matrimonium, sed sponsalia contracta erunt. Non in diem, cum ea sit tum ex jure naturae, tum ex positivis ecclesiasticis, et civilibus legibus conjugii substantia, ut perpetuam, atque individuam consuetudinem vitae contineat. (§. 696.)

§. 873.

Quod ad conditiones pertinet, distinguit Gregorius IX. inter turpes, quae substantiae conjugii adversantur: puta si ea conditione contrahat vir cum muliere, ut generationem prolis evitet, vel donec aliam inveniat honore, vel facultatibus digniorem; aut si pro quaestu adulterandam se tradat: aliasque turpes quidem, vel impossibiles: quae tamen contra substantiam conjugii non sint: itaut ex primis conjugium irritum fiat, quasi contrahentes non matrimonium, sed aliud negotium gerere videantur, cum ea volunt, quae conjugio sociari non possunt: caeterae autem pro non adjectis habeantur favore matrimonii (1); quasi contrahentibus gravissimo negotio occupatis inconsideranter exciderint, quemadmodum civiles leges de conditionibus turpibus, aut impossibilibus, quae in ultimis voluntatibus appositae fuerint, constituerunt (2).

(1) *Cap. ult. extra de condit. appos.* (4. 5.)

(2) §. *Impossibilis* 10. *inst. de hered. instituend.* (2. 14)

§. 874.

An idem dicendum sit de aliis conditionibus, quae nec turpes, nec impossibiles sunt: dissentiunt interpretes. Alii putant, matrimonium quidem pure contractum censeri, conditionem vero pro non adjecta habendam esse eo sensu, ut actum non suspendat: non vero, ut ejus executio remittatur, si ab alterius voluntate pendeat; veluti contingeret in ea specie, qua quis puellam duceret sub ea conditione, si centum dotis nomine conferat. Conditio haec, inquiunt, resolvitur in modum, qui implendus a muliere erit.

§. 875.

Aliis placet, et rectius, nefas quidem esse, potissimum divinis, et ecclesiasticis legibus inspectis, matrimonium sub quacumque conditione, sive casuali, sive potestativa honesta, et possibili contrahere; quia minus conveniens videatur, tam grave negotium in incertum futurum eventum suspensum manere; maxime cum sponsalia eo plane consilio sint adinventa, ut dilatio commode haberi possit.

§. 876.

Verum, si conditio hujusmodi adjecta sit, matrimonii vim inde suspendi putant, donec conditio evenerit; non vero detrahendam esse, et pro non adjecta habendam, itaut matrimonium purum censeatur, et continuo perfectum. Sententiam suam hoc probant argumento, quod nullibi, neque in ecclesiastico, neque in civili jure constitutum legatur, ut hujus generis conditiones pro non adjectis sint reputandae. Quare secundum generales juris utriusque regulas dijudicandum sit, ex quibus per conditionem vis actus

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4. suspenditur. Accedit conjugii natura, quae contractus rationem habet, adeoque iisdem legibus regi debet, quibus caeteri contractus, iis tantum exceptis, in quibus peculiaris ejus indoles aliud expostulat, vel, suadente publica utilitate, aliud jura praescripserunt.

SECTIO II.

Quae sit forma extrinseca contrahendi matrimonii.

SUMMARIA.

Apud Romanos triplex erat ritus, confarreationis, coemptionis, et usus. Quid confarreatio? §. 877.

Explicatur coemptionis ritus §. 878.

Quid usus nomine apud Romanos veniret? §. 879.

Non aliter nuptiae usu contrahebantur, quam accedente titulo. In quo titulus hic consisteret? §. 880

Ex diversis conjugii ineundi ritibus diversa uxorum nomina oriebantur. Referuntur haec nomina §. 881.

Diversi quoque erant effectus pro diversitate rituum: praecipue quoad viri potestatem. §. 882.

Diversum etiam jus inde statuebatur in successione. §. 883.

Explicantur alii effectus, veluti bonorum communio, mulieris peculium. §. 884.

Anno nondum completo in usu civiles effectus non oriebantur. §. 885.

Sed hi ritus obsoleverunt apud ipsosmet Romanos. Primum confarreatio, tum coemptio, demum usus. §. 886.

Praetor simpliciorem invexit ritum, qui dicebatur conventio in manum viri, ex qua dominium non transferebatur in maritum, sed tantum actiones utiles acquirebat. §. 887.

Hinc mulier duplicem habebat familiam, paternam, et viri pro diversitate caussarum. Paternam in iis, quae matrimonii caussam non spectabant. §. 888.

Potestas autem viri attendebatur in illis, quae ad matrimonium pertinent, vel ex eo proficiscuntur. §. 889.

In caussis patri, et viro communibus uterque concurrebat: ut in actione injuriarum accusatione adulterii. §. 890.

Hinc constat, ipsos ethnicos in matrimonio quid sacri agnovisse; atque inde explicari possunt dubia juris capita. §. 891.

Postquam Imperatores Christo nomen dederunt, adhuc usus imago retenta est in matrimoniis clandestinis. §. 892.

Conjugium aliud solemne erat, in quo solemnitates praescriptae fuerant adhibitae: aliud clandestinum, validum quidem, sed illicitum. § 893.

Primus Justinianus in conjugiis eorum, qui majoribus dignitatibus fulgerent, instrumenta nuptialia exegit, vel publicam in ecclesia celebrationem. §. 894.

Legem hanc ad omnes Leo Imperator extendit, sacerdotalem insuper benedictionem praescribens: quae lex in occidente non fuit recepta, nisi post, pseudo-Isidori collectionem. §. 895.

Hinc plures docere coeperunt, nullum esse conjugium omissa hac solemnitate: aliis contra sentientibus nec aliquid innovavit Lateranense Concilium. §. 896.

Concilium Tridentinum clandestina matrimonia minus honesta, sed firma fuisse, declaravit; imposterum autem praevias denunciationes praecepit. §. 897.

Praeterea coram parocho, et duobus testibus celebrandum matrimonium constituit. §. 898.

Solemnitas haec ad substantiam conjugii nunc pertinet, non denunciationes, aut sacerdotalis benedictio. §. 899.

Legitimus est minister sponsi, vel sponsae parochus: vel unius domicilii pro eo, qui duo habet: nec requiritur, ut sit sacerdos: imo sufficit parochus loci, ubi quis moratur, puta studiorum caussa. §. 900.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4.

Valet matrimonium, licet parochus, et testes inviti assistant: secus, si non intelligant, quod agitur. §. 901.

§. 877.

Perpensis his, quae ad intrinsecam matrimonii formam pertinent, de ejus extrinseca forma agendum est, seu de ritu, quo celebrari matrimonium debeat. Triplex erat penes Romanos veteres conjugii celebrandi ritus, scilicet confarreatio, coemptio, et usus. Confarreatio, quae etiam aquae, et ignis adpositio dicebatur, a farre, optimo, et selecto frumenti genere nomen habuit, atque solemnior caeteris ritus erat, et inde solemniores etiam nuptiae censebantur, quae per confarreationem celebratae fuerant. Vir ergo, et mulier conjugium celebraturi coram sacerdote conveniebant, farris sacrificium offerebant, mutuamque fidem praebebant, praesentibus decem testibus (1): accedebat velaminis solemnitas, quo caput nubentis puellae tegebatur, seu obnubebatur; unde nuptiarum nomen derivavit: insuper fax praeferebatur, dum uxor ad domum viri adduceretur. Confarreatio autem ideo ignis, et aquae adpositio etiam dicta est, quia in domo viri aqua, et ignis parabantur, quorum elementorum adpositione tum futura rerum omnium inter conjuges communio significaretur, tum vis generationis juxta placita philosophorum, quorum sectae Romani addicti erant, quibus placebat, ex aqua, et igne omnia procreari.

(1) *Farre convenitur in manum, certis verbis et testibus decem praesentibus, et solemni sacrificio facto, in quo panis quoque farreus adhibetur. Ulpianus in fragm. tit.* 9.

§. 878.

Coemptione, quae minus solemnis, publicus tamen, ritus erat, contrahebatur matrimonium, cum mutuae stipulationes inter sponsum, et sponsam fiebant. Scilicet sponsus primum sponsam interrogabat, utrum vellet, sibi materfamilias fieri: atque, postquam haec respondisset, *volo*, vicissim ipsa sponsum interrogabat, an vellet, sibi fieri paterfamilias: atque postquam eadem respondisset sponsus, solemnis interveniebat mancipatio cum libripende juxta formulam a Romanis adhibitam in transferendis dominiis, et hereditatibus. Coemptio autem mutuam emptionem significare non videtur, sed potius plurium rerum simul factam emptionem, quam jura vocare solent coemptionem (1); quia scilicet hoc ritu vir, et uxorem, et ejus bona emere, videbatur.

(1) *L. Cuicunque* 5. §. 1. *ff. de institor. act.* (14. 3.), *l. Si negotia* 11. *ff. de negotiis gest.* (3. 5.)

§. 879.

Postremus contrahendi solemniter conjugii ritus apud Romanos consistebat in usu, quem tamen certus titulus praecessisset. Ita autem observabatur, ut foemina, quae per annum integrum apud virum mansisset, quin trium noctium spatio abesset, usurpandi, seu consuetudinem interrumpendi caussa, veluti usucapta viro acquireretur: eadem fere ratione, qua caeterarum rerum dominium per usucapionem adipisci quis poterat ex Romano jure, non minus quam solemni mancipatione per aes, et libram.

§. 880.

Titulum hic requiri diximus, sicut in usucapionibus aliarum rerum: hic autem positus erat in contestatione publica coram auspicibus facta, qua vir profiteretur, se puellam eo consilio domum suam ducere, ut liberos ex ea susciperet (1).

(1) *Ulpianus in fragment. tit.* 3. §. 3.

§. 881.

Ex diversis hisce contrahendi conjugii formis diversa quoque ejus, ut et conjugum

Inst. l. 1 tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4. nomina oriebantur. Conjugium confarreatione contractum matrimonium et nuptiae vocabatur: foemina materfamilias et nupta. Si coemptione celebratum fuisset, matrimonium quidem vocari poterat, non vero nuptiae: mulier autem materfamilias, seu matrona, non vero nupta: demum cum usu initum matrimonium fuerat, concubinae nomine ante completum annum, post eum vero mulieris tantum appellatione, non matronae, aut matrisfamilias puella decorabatur.

§. 882.

Non tantum pro diversis conjugiorum ritibus diversa oriebantur nomina, sed et diversi effectus: cum enim confarreatione, vel coemptione, celebratum conjugium fuerat, mulier potestate patris solvebatur, et in mariti potestatem transibat; de confarreatione enim scripsit Ulpianus, *farre convenitur in manum* (1): in manum autem convenire, nihil aliud penes Romanos significabat, quam in alicujus potestatem, seu dominium transire (2). Idem de coemptione dicendum, quae per imaginariam filiae venditionem per aes, et libram fiebat; siquidem ita jus obtinebat, ut ex unica mancipatione fictitio emptori facta filiae de potestate patris liberarentur (3). Potiori ratione haec patriae potestatis solutio contingere debebat per solemnem mancipationem per aes, et libram, non ficte, sed vere marito factam. Quando vero matrimonium solo usu contrahebatur, nondum completa usucapione patri subjecta permanebat filia, quae alteri subjici non poterat, nisi per solemnem illum ritum, vel per usucapionem perfectam: neque enim alios modos dominii rerum acquirendi agnoscebant Romani.

(1) *Ulpian. in fragmentis tit.* 9.
(2) *Cajus lib.* 1. *instit. tit.* 6. §. 4 *in princ.*
(3) *Cajus d. loco.*

§. 883.

Ex hujusmodi effectibus alii consequebantur; scilicet mulier farre, vel coemptione ducta viro defuncto, veluti filia, succedebat, cui sua heres erat (1); unde praeterita per agnationem testamentum rumpebat, Ulpiano teste (2); et uxor mariti hereditatem non repudiare, sed filiorum instar abstinere dicebatur (3); et vicissim maritus uxori, quasi filiae, in bonis succedebat.

(1) *Sui autem heredes sunt liberi quos in potestate habemus, tam naturales, quam adoptivi: item uxor, quae in manu est. Ulpian. in fragment. tit.* 22. §. 14.
(2) *Adnascitur suus heres, aut agnascendo, aut adoptando, aut in manum conveniendo. Ulpian. ibid. tit.* 23. §. 3.
(3) *L. Lucius Titius* 14., *l. Thais ancilla* 41. §. *Stichus* 14. *ff. de fideicom. libertatib.* (40. 5.)

§. 884.

Hinc uxor in familia mariti aeque, ac filii, esse dicebatur, rerumque omnium communionem habebat (1). Quo factum, ut furti conveniri non posset, si res mariti abstulisset (2): ut mulieris bona paraphernalia tamquam ejus peculium censerentur, sicuti bona filio in potestate existenti concessa (3).

(1) *L.* 1. *ff. hoc tit.*
(2) *L.* 1. *et* 2., *juncta l.* 3. *ff. de act. rer. amot.* (25. 2.)
(3) *L. Si ego Sejae* 9 §. *Caeterum* 3. *ff. de jur. dot.* (23. 3.), *l. Donationes* 31. §. *Species* 1. *ff. de donat.* (39. 5.)

§. 885.

Cum vero ante completum annum vir, mulieris dominium usu acquisisse, non judicaretur, sed ea sub patris potestate permaneret, et interim matrimonium hoc non omnino justum Romanis esset, juris civilis effectus parere non poterat: hinc et furti actione tenebatur, si viri res abstulisset (1). Hinc denique ne domicilium quidem mariti uxor haec sortiebatur (2).

(1) *L. Si concubina* 17. *ff. de actione rer. amot.* (25. 2.)
(2) *L. De jure omnium* 37. §. *ultim. ff. ad municip.* (50. 1.)

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4.

§. 886.

Haec sunt, quae in contrahendis conjugiis solemnia Romani veteres adhibebant: quae tamen sensim exoleverunt, et maxime usus. Primum omnium aboleri coepit celebrandi conjugii solemnitas per confarreationem, quae temporibus Tiberii jam moribus desierat penes populum, dumtaxat permanens penes sacerdotes ethnicos. Deinde obsolevit coemptio per aes, et libram, quae etiam nimis scrupulosa visa fuit in aliarum rerum dominio transferendo. Usus demum sensim recessit; tum quia nimis facile conjugia haec dirimerentur, tum quia clam, et nulla adhibita solemnitate fierent, postquam obtinuerat, ut necessaria amplius non esset solemnis contestatio apud aruspices; sed sufficeret, coram vicinis peragi (1): imo et per solam scripturam.

(1) *Si vicinis, vel aliis scientibus, uxorem liberorum procreandorum caussa domi habuisti, et ex eo matrimonio filia suscepta est: quamvis neque nuptiales tabulae, neque ad natam filiam pertinentes factae sunt, non ideo minus veritas matrimonii, aut susceptae filiae, suam habet potestatem. L. Si vicinis* 9. *cod. hoc tit.*

§. 887.

Praetor igitur, ut hisce ambagibus, et incommodis obviam iret, simpliciorem invexit contrahendi matrimonii solemnitatem, quae dicebatur conventio in manum viri, omissa vetere formula mancipationis, ex qua mera uxoris, ejusque bonorum possessio in maritum transferretur, non autem dominium, aut proxima dominio potestas, quae penes patrem adhuc permanebat (1), utilibus tantum actionibus in maritum translatis, non directis, quas pater retinebat.

(1) *L. Patri* 20. *ff. ad l. Juliam de adulteriis.* (48. 5.)

§. 888.

Hinc factum est, ut mulier duplicem haberet familiam, paternam, et mariti (1): atque modo in paterna, modo in mariti potestate esse videretur, pro diversitate caussarum, et negotiorum: scilicet potestati patriae adhuc subjecta mulier judicabatur in iis, quae ad matrimonii caussam non spectabant, itant non amplius sua heres marito esset, sed potius patri (2); exceptis quibusdam casibus, in quibus praetor bonorum possessionem in bonis mariti uxori concessit.

(1) *L.* 1. §. *Si vir* 15., et §. 16. *ff. ad Senatus Consult. Silan.* (29. 5.)
(2) *L. Filiae* 12., *l. Ut liberis* 17. *cod. de collationibus.* (6. 20.)

§. 889.

Contra in negotiis, quae ad matrimonium ipsum pertinent, vel ex eo proficiscuntur, mariti tantum potestas attendebatur; quae cum longe inferior paterna esset, mulier quasi sui juris aliquando videbatur. Hinc marito utilis actio ad exhibendum concessa fuit contra quemcumque, qui mulierem abduxisset, et contra ipsummet patrem (1). Hinc etiam factum, ut patri neutiquam acquirerentur bona, quae filia ex viri liberalitate sibi comparasset (2).

(1) *Imo magis de uxore exhibenda, ac ducenda pater, etiam qui filiam in potestate habet, a marito recte convenitur. L.* 2. *ff. de liber. exibendis* (43. 30.), *l. Si invita* 11. *cod. hoc tit.*
(2) *L.* 1. *cod. de bon. quae liber.* (6. 61.)

§. 890.

In iis demum caussis, quae tum ad patrem, tum et ad maritum pertinebant, uterque, pater nempe, et maritus simul concurrere poterant. Quare si mulieri injuriae illatae fuissent, patri simul, et marito actio concedebatur (1). Idem jus obtinebat in accusatione adulterii; quia et patris, et mariti jura, et decus hinc laeduntur: praelatione tamen marito data, cujus propensior, et acrior est doloris sensus (2).

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4.

(1) *L.* 1. §. *ult*, *l. Eum, qui* 18. §. *Si nupta* 2. *ff. de injuriis.* (47. 10.)
(2) *L. Ex lege Julia* 2. §. *Si simul* 8. *ff. ad l. Juliam de adulter.* (48. 5.)

§. 891.

Haec juris veteris monumenta paullo fusius explicavimus, tum ut inde innotescat, ethnicos ipsos in matrimonio quid sacri agnovisse, atque inde sollicitos merito fuisse, ut quaedam solemnitates adhiberentur, quo sanctius redderetur: tum ut congruentius explicari possint plurima Romani juris capita, quae de viri in mulierem potestate, de matrimonii rite celebrati effectibus, atque de uxorum diversis speciebus agunt.

§. 892.

Postquam christianae fidei Romani Imperatores nomen dederunt, confarreatione, et coemptione jampridem aboleta, adhuc usus quaedam imago retenta per aliquod tempus fuit. Ecclesiae quidem antistites totis viribus enitebantur, ut publice matrimonium contraheretur (1). servatis sacris ritibus; non tamen ulla lege generali praecipiebantur, ut illis deficientibus irritum fieret conjugium.

(1) *Cap.* 1., *cap. Nullus* 2., *cap.* 3., *cap. Nullum* 6., *et passim caus.* 30. *qu.* 5.

§. 893.

Duplicis ergo generis conjugia contrahebantur: alterum solemne, in quo omnes sacrae caeremoniae ab ecclesia praescriptae fuissent observatae: aliud clandestinum, nudo consensu, omissis ecclesiasticis solemnitatibus celebratum; servatis tamen omnibus, quae civili lege praecipiebantur. Utrumque publico tum ecclesiastico, tum civili jure probatum erat, eo sensu, quod validum reputaretur, atque eosdem omnino effectus pareret clandestinum, ac solemne (1): conjugium tamen clam contractum minus honestum existimabatur.

(1) *Si donationum ante nuptias, vel dotis instrumenta defuerint, pompa etiam, aliaque nuptiarum celebritas omittatur, nullus aestimet, ob id deesse, recte alias inito conjugio, firmitatem: vel, ex eo natis liberis jura, posse, legitimorum auferri. L.* 3. *cod. Theodos. hoc. tit., Concil Trid. sess.* 24. *de reformat. matrim. cap.* 1., *d. cap. Nullum* 6. *caus.* 33. *qu.* 5., *cap. Nullus* 2. *ibid.*

§. 894.

Primus Justinianus constituit, ut matrimonia eorum, qui majoribus dignitatibus fulgerent, non aliter firma essent, quam instrumentis nuptialibus prius conscriptis. His autem omissis jussit, ut in ecclesia coram ejus rectore, praesentibus tribus, aut quatuor clericis, matrimonium celebraretur (1). Quo patet, non indistincte publicas solemnitates ecclesiae praescriptas fuisse ab Imperatore, sed in ea tantum specie, qua instrumenta dotalia deficerent, alterutrius solemnitatis electionem permittens, quam deinde sustulit, praecipiens, ut omnino ab iisdem instrumenta dotalia fieri deberent (2). Caeterum quoad alias personas inferioris conditionis vetus jus intactum reliquit, itaut eis liceret, sine scripto, et sine solemnitatibus legitime celebrare conjugium (3).

(1) *Quantum vero in militiis honestioribus, et negotiis, et omnino professionibus dignioribus est, si voluerit, legitime uxori copulari, et non facere nuptialia documenta . . ., veniat ad quamdam orationis domum, et fateatur sanctissimo illius ecclesiae defensori: ille autem adhibeat tres, aut quatuor exinde reverendissimorum clericorum, attestationem conficiat etc. Novell.* 74. *cap. Illud quoque* 4. §. 1.
(2) *Novell.* 47. *cap. Quia vero* 4.
(3) *D. Nov.* 74. *cap.* 4. §. *Quisquis autem* 3.

§. 895.

Disciplina haec ab Imperatore Justiniano promulgata, atque a Leone ad omnes personas cujuscumque conditionis protracta, qui insuper jussit, ut nullum matrimonium legitimum haberetur, nisi sacerdotali benedictione fuisset confirmatum (1), in oriente quidem viguit, sed recepta non fuit in ecclesia occidentali, donec pseudo-Isidorus sub

nomine Evaristi canonem finxit, quo matrimonium aliter non esse legitimum traditur, nisi sacerdotalis accesserit benedictio (2).

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4.

(1) *Novell. Leonis* 89.

(2) *Cap.* 1. *caus.* 30. *quaest.* 5.

§. 896.

Hinc plures docere coeperunt, nullum esse conjugium, quo omissae fuissent ab ecclesia praescriptae solemnitates, aliis contrasentientibus, quorum sententia saltem in praxi praevaluisse videtur; cum adhuc conjugia praesumpta admitterentur, in quibus scilicet ex quibusdam adjunctis colligi posset, conjugum mutuus consensus; quamvis publice non fuisset demonstratus (1). Neque aliud statuit Concilium Lateranense IV., quo praescriptae quidem fuerunt ante celebrationem conjugii publicae denunciationes (2); sed decretum irritans adjectum non fuit: unde plures adhuc clandestina contrahebant conjugia.

(1) *Cap. Ad id* 21. *extra de sponsalibus.* (4. 1.)

(2) *Cap. Cum inhibitio* 3. *extra de clandestina desponsatione.* (4. 3.)

§. 897.

Res tandem ad Concilium Tridentinum delata est, quo jus vetus partim retentum, partim abrogatum fuit; postquam enim matrimonia clandestina libero contrahentium consensu inita, rata, et vera esse matrimonia, quamdiu ea irrita ecclesia non fecit, declaraverunt sacri antistites: statuunt insuper, ut deinceps ante celebrationem conjugii denunciationes fiant publice in ecclesia, ad detegendum, si quod sit, impedimentum: et tum tantum ad ejus celebrationem procedatur, cum nullum obstare impedimentum innotescat, post denunciationes factas; illarum etiam remittendarum Episcopo ex justa caussa potestate concessa (1).

(1) *Concil. Trident. sess.* 24. *de reform. matrim. cap.* 1.

§. 898.

Hanc vero formam celebrandi conjugii praescripserunt, ut contracturi coram parocho, et duobus saltem testibus constituti, a parocho ambo interrogentur, atque postquam de eorum consensu innotuerit, his, vel similibus juxta uniuscujusque provinciae morem verbis utatur parochus: *Ego vos in matrimonium conjungo in nomine Patris, etc.* (1). En formam, quae omnino observanda est, ut legitimum, et sanctum undequaque conjugium dici possit.

(1) *Conc. Trident. d. cap.* 1.

§. 899.

Sed si quaeratur, an omissio quaecumque matrimonium nullum faciat; patres in hoc parciores fuerunt, siquidem ea tantum matrimonia viribus carere decernunt, quae aliter, quam praesente parocho, vel alio sacerdote de ipsius parochi, vel ordinarii licentia, et duobus, vel tribus testibus contracta fuerint (1). Hinc patet, neque solemnitatem denunciationum, neque sacerdotalis benedictionis ritum ad essentiam conjugii pertinere, sed duntaxat ad majorem ejus celebritatem.

(1) *Conc. Trident. d. cap.* 1.

§. 900.

Parochi nomine alterutrum intelligimus, cui sponsus, vel sponsa subsint: sed, velut honestius, plurimis in locis solet, coram parocho sponsae conjugium celebrari. Nihil autem refert, utrum parochus sacerdos sit, necne; hanc enim qualitatem non praescripserunt laudati patres: quae tamen omnino requiritur in eo, qui a parocho, vel ordinario fuerit delegatus (1). Quin et receptum, ut, si quis in duplici loco domicilium habeat, coram alterutro parocho contrahere ad libitum possit, atque etiam coram eo, in cujus parochia actu moratur, quamvis alibi domicilium habeat, modo absit fraus. Hinc sequitur, eos, qui studiorum, educationis, vel famulatus caussa alicubi degunt, ibi posse, conjugium celebrare; quorum omnium haec ratio traditur, quod in hac quaestione habitatio potius, quae in facto consistit, quam domicilium ipsum, aut domicilii jus sit attendendum.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4. (1) *Qui aliter, quam praesente parocho, vel alio sacerdote de ipsius parochi, seu ordinarii licentia, et duobus, vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt, eos sancta Synodus ad sic contrahendum omnimodo inhabiles reddit, et hujusmodi contractus irritos, et nullos esse decernit, prout eos praesenti decreto irritos facit, et annullat. Conc. Trid. d. cap. 1. sess. 24. de reformat. matrimonii.*

§. 901.

An sufficiat materialis parochi praesentia, et testium, quamvis non intellexerint, quae a sponsis dicta, vel gesta sunt, communis omnium sententia est: non obesse matrimonii validitati, quod parochus etiam invitus detineatur, et testes, neque rogati, neque volentes assistant; quia tum parochi, tum testium eo tantum consilio praesentia requisita sit, ut fraudibus obviam eatur; ne alioquin facile eveniat, ut contractum matrimonium inficientur conjuges, atque ad alias nuptias temere transeant, si de prioribus nulla legitima ratione constet. Hinc patet, nullum esse matrimonium, si vel parochus, vel testes, etiam data opera, et per dolum non intellexerint, quae dicta, vel gesta sunt; quia verum est, in hac specie de contracto matrimonio nullatenus constare; quod tamen Tridentinis patribus in animo fuit. Sane necesse non est, ut verba contrahentium perceperint, modo ex aliis exterioribus signis eorum consilium scire possint.

CAPUT IV.

De matrimonii legitime celebrati effectibus.

SUMMARIA.

Tria numerari possunt bona, seu effectus matrimonii: proles, fides, et sacramentum. Explicantur. §. 902.

Hic perscrutamur effectus, qui conjuges ipsos respiciunt: quales sunt communio vitae, et bonorum. §. 903.

Si sponsi ante conjugium convenerint de loco habitationis, servanda est conventio: nisi aliud suadeant novae, quae supervenerint, caussae. §. 904. *et* 905.

Secluso hoc pacto uxor quorumque sequi debet virum, nisi instar vagorum erret. §. 906.

Cum vir ob crimen exulat, aequitas suadet, ut uxor eum sequatur, si nihil obstet. §. 907.

Hinc idem est domicilium uxoris cum viro, idem forum, eadem dignitas. §. 908.

Mariti potestas maxima olim erat, nunc multum imminuta. §. 909.

Mulier regulariter ex contractibus mariti non obligatur: nec vicissim, nisi vir in provinciam proficiscens eam secum duxerit, et haec ibi deliquerit. §. 910.

Maritus bona dotalia administrat, fructus percipit, uxorem vindicat contra ipsum patrem. §. 911.

Onera viri sunt, mulierem alere etiam indotatam: et vicissim mulier viro alimenta debet. §. 912.

Explicatur Justiniani sententia asserentis, promissores dotium cogendos ad solutionem; quia alioquin uxor a viro forsitan repelli possit. §. 913.

Explicatur Ulpianus, qui ait, virum mulieri alimenta praestare secundum dotis quantitatem. §. 914.

Sunt et alii matrimonii effectus peculiaribus locorum usibus inducti, veluti bonorum communio inter conjuges. §. 915.

Maritus bonorum communium plene dominus est, et de iis libere disponit inter vivos, non testamento. §. 916.

§. 902.

Tria sunt praecipua matrimonii, ejus praesertim, quod inter fideles contrahitur, bona, quae tanquam effectus ab eo consequuntur: proles videlicet, fides, et sacramentum. Proles primum enumeratur, quo indicetur, eo fine institutum esse matrimonium, ut proles inde suscipiatur, quae ad reipublicae utilitatem, et Dei cultum congrue educetur: tum fides mutua, quam sibi debent conjuges, quippequod unius cum una conjunctio sit juxta formam conjugio ab ipso Deo ab origine mundi inditam. Sacramentum denique eo pertinet, ut, quia matrimonium unionem Christi cum ecclesia significat, quae perpetua est, eadem ratione conjunctio viri, et mulieris, quae per matrimonium fit, perpetua, et indissolubilis esse debeat, saltem quantum humanarum rerum conditio patitur: itaut sola alterutrius morte, quae omnium finis est, unio haec solvatur. Sed civiles potius conjugii effectus perscrutemur, prout instituti nostri ratio postulat.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4.

§. 903.

Praetermitto patriam potestatem, quam pater in proprios liberos inde acquirit; potius enim hic effectus spectandi sunt, qui conjuges ipsos mutuo respiciunt. Sane ex ipsa matrimonii natura, quod individuam vitae societatem, rerumque omnium communionem continet (1), in primis consequitur, quae uxoris sunt, etiam viri propria reputari, et vicissim (2). Quo civiles leges respicientes, habitationem alicui concessam, ad ejus uxorem, et liberos etiam pertinere, tradiderunt; et vicissim maritum habitatione frui, quae mulieri competat (3).

(1) *L.* 1. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 1.

(3) §. *Item is* 2. *instit. de usu, et habitatione* (2. 5.), *l. Cui usus* 2. §. 1., *l. Caeterum* 4. *ff. eod. tit.* (7. 8.)

§. 904.

Sed hinc statim oritur quaestio, an mulier teneatur semper cum marito habitare, quocumque diverterit; quamvis forte conventum fuerit inter sponsos, ut in loco certo, et determinato domicilium maritus figere deberet. Sane, si nuptiarum tempore sponsi convenerint de habitando in loco determinato, nihil est, cur haec pactio irrita, et nullius roboris dicatur; neque enim bonis moribus, aut legibus adversatur, quibus imo probata apparet, modo alterius intersit (1).

(1) *L. Titio centum* 71. §. *Titio* 2. *ff. de condit. et demonstr.* (35. 1.), *ubi modus legato adjectus, ut legatarius in aliqua civitate domicilium habeat, generaliter reprobatur, veluti jus libertatis infringens, sed a libertis adimplendus dicitur: discriminis ratio in eo posita est, quod nihil interesse videtur testatoris, ejusve heredum, an legatarius hic, vel alibi degat, nisi de libertis quaestio sit, in gratiam scilicet patroni, cujus interesse maxime potest. V. l.* 18. §. 5. *ff. de alim., vel cib. legatis.* (34. 1.)

§. 905.

Exceptio esse potest, si caussae, quae locum hujusmodi conventioni dederunt, quaeque tempore celebrati matrimonii urgebant, postea desierint; cum cessante caussa cessare quoque effectus debeat: aut si urgentiores caussae supervenerint, quae maritum cogant, ut a data fide recedat; neque enim ea praesumi debet contrahentium sponsorum mens, ut maritus in determinato loco morari teneatur, cum maximo familiae totius dispendio, vel rei familiaris jactura; nam pacta bonae fidei, quibus sane hoc annumerandum est, ex aequitate recipere debent interpretationem (1).

(1) *L Si convenerit* 14. *cum duab. sequentibus ff. pro socio.* (17. 2.)

§. 906.

Caeterum secluso hujusmodi pacto nemini dubium, quin generaliter uxor maritum sequi teneatur, quocumque abierit (1); cui auxilium, et obsequium debet (2); nisi instabili

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4. animo potius vagari velit, quam alicubi domicilium constituere: vel sine gravi vitae, aut salutis discrimine uxor virum sequi non possit.

(1) *Cap. Unaquaeque* 3. *caus.* 13. *qu.* 2.

(2) *Cap. Est ordo* 12., *et seqq. caus.* 33. *qu.* 5.

§. 907.

Disputant interpretes, utrum uxor hac obligatione teneatur, si ex criminis caussa vir exulare jussus fuerit? Generali regula dirimi quaestio haec neutiquam potest; pensanda enim sunt singula loci, aetatis, et personarum adjuncta. Sane aequitas generatim suadet, ut, quemadmodum in prosperis mariti casibus particeps mulier est, ita et non tantum fortuitis, sed et adversis communicet (1); tum ob individuam vitae societatem, quae inter conjuges esse debet, tum ne jam satis miseram viri conditionem, eum deserendo, longe asperiorem reddat.

(1) *Quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri participem esse. L. Si cum dotem* 22. §. *Si maritus* 7. *ff. solut. matr.* (24. 3.)

§. 908.

Hinc tradiderunt jureconsulti, idem esse domicilium uxoris cum marito (1): ex quo sequitur, idem pariter forum habere, quod maritus habet (2): quin et ejus dignitatem mulier consequitur, eamque retinet, quamvis vidua sit, donec ad alias nuptias transierit (§. 504. et seq.).

(1) *L. Mulierem* 5. *ff. hoc tit.*, *l. Exigere* 65. *ff. de judiciis* (5. 1.), *l. ult. cod. de incolis.* (10. 39.)

(2) *L. Cum quaedam* 19. *ff. de jurisdict.*, *d. l. ult. cod. de incolis. Si maritus extra locum originis habitet, quamvis prius domicilium non amittat, l. pen., et ult. cod. de municip.* (10. 38.), *mulier sequitur forum, et domicilium incolatus; neque enim retentio juris originis per maritum eousque valere potest, ut mulier eorum particeps fiat. V.* §. 310.

§. 909.

Quod pertinet ad potestatem, jam animadvertimus, jure veteri, cum matrimonium confarreatione, vel coemptione celebraretur, mulierem in mariti, tamquam in patris potestatem translatam fuisse (§. 881.): desiisse autem fere hanc potestatem, postquam ritus illi in conjugiis obsoleverunt (§. 886. et seqq.): fere dixi desiisse, notum siquidem est, mulierem marito et obsequium, et operas debere (1).

(1) *Cap. Est ordo* 12. *et seqq. caus.* 33. *quaest.* 5., *Osasc. dec.* 132. *num.* 11.

§. 910.

Quousque vero extendatur haec viri in mulierem potestas, quibusque limitibus contineatur, opportunis locis explicabimus. Tantum hic obiter monemus, mulierem regulariter ex mariti sui contractibus, aut negotiis non obligari (1), sicut nec vicissim maritus ex mulieris contractu, aut culpa tenetur (2); eo excepto casu, quo vir in provinciam proficiscens secum uxorem duxerit, quae ibi deliquerit; quia tunc a Senatu constitutum, ut a marito ratio, et vindicta exigatur criminum, quae uxor admiserit; cum ei imputari possit, quod secum duxerit eam, quam, mariti potestate audacem factam, timere debebat facile delinquituram (3).

(1) *L.* 1., *l. Ob maritorum culpam* 2. *cod. ne uxor pro marito.* (4. 12.)

(2) *D. l* 1. *et* 2.

(3) *Proficisci autem proconsulem melius quidem est sine uxore: sed et cum uxore potest; dummodo sciat, Senatum Cotta, et Messalla consulibus, censuisse futurum, ut, si quid uxores eorum, qui ad officia proficiscuntur, deliquerint, ab ipsis ratio, et vindicta exigatur. L. Observare* 4. §. *Proficisci* 2. *ff. de officio proconsul.* (1. 16.)

§. 911.

Inter matrimonii effectus, qui ex viri in uxorem potestate profluunt, illud etiam recensetur, quod maritus bona dotalia administrare, eisque uti valeat ad onerum matrimonialium sustentationem (1): tum et ut marito facultas concedatur uxorem vindicandi, etiam contra ipsummet patrem (§. 888.), cui sane praeferendus est vir, qui jus habet ad ineundam cum uxore individuam vitae societatem (2); quemadmodum ipsa conjugii natura demonstrat (3), quae ex hominum voluntate mutationi obnoxia esse non debet (4).

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 4.

(1) *L. Dotis fructum* 7. *princ., et* § 3. *ff. de jure dotium.* (23. 3.)

(2) *L.* 1. *ff hoc tit.*, §. 1. *institut. de patria potestate.* (1. 9.)

(3) *Quamobrem relinquet homo patrem suum, et matrem, et adhaerebit uxori suae. Genes. cap.* 2. *versic.* 24., *Matthaei cap.* 19. *versic.* 5.

(4) *Quod ergo Deus conjunxit, homo non separet. D. cap.* 19. *Matthaei versic.* 6.

§. 912.

Verum quia in humanis rebus vix, ac ne vix quidem honor est, seu commodum sine onere, quod imo plerumque longe majus sit emolumento, idcirco vir mulierem vicissim alere tenetur, atque omnia vitae subsidia suppeditare, non tantum si dotem acceperit, verum etiamsi promissam dotem consequi non potuerit (§. 556., et seqq.), ut ostendit toties decantatum juris axioma, quo traditur: ex nuptiis consortium omnis vitae, et rerum omnium oriri (1); quod, licet suas pati possit exceptiones, locum tamen saltem habere debet in iis casibus, quibus de rebus ad victum necessariis suppeditandis inter conjuges quaestio sit; sane enim ex identitate rationis nemo inficias iverit, quin eadem officia pauperi viro dives mulier praestare debeat (D. §. 556.).

(1) *D. l.* 1. *ff. hoc tit.*

§. 913.

Neque his adversatur Justinianus, cum promissores dotium ad datam fidem implendam cogendos jubet, ne alioquin uxor a viro forsitan repelli possit: ex quo sequi videtur, potiori ratione cessare debitum alimentorum (1); siquidem verba haec non ad jus, sed ad factum referenda sunt; cum idem Imperator ex dotis defectu viris prohibeat, ne uxores dimittant, nisi insuper aliae caussae a legibus probatae concurrant (2).

(1) *L. ult. cod. ad S. C. Vellej.* (4. 29.)

(2) *Novell.* 22. *cap. Sed a nobis* 18.

§. 914.

Neque majus praesidium contrariae sententiae accedit ex Ulpiano asserente, onus viro incumbere, quo mulieri in furore constitutae sustentationem ferat, et alimenta praestet *secundum dotis quantitatem* (1); ita enim intelligendus est jureconsultus, non quasi velit, maritum in id tantum teneri, quod acceptae ab uxore doti respondeat, sed ut indicet, proportionem esse debere inter dotem, quae constituta fuit, atque mulieris conditionem, ex qua crescere, vel minui solet dos, cum expensis, quas in uxoris necessitatibus sublevandis fieri decet.

(1) *L. Si cum dotem* 22. §. *Sin autem* 8. *ff. solut. matrim.* (24. 3.)

§. 915.

Sunt et alii matrimonii effectus, qui tamen nec ex ipsa conjugii natura, nec ex Romanis legibus proficiscuntur, sed ex peculiaribus locorum moribus. Inter hos primum locum tenet communio bonorum, quae inter conjuges obtinet, prout in pluribus Hollandiae, Flandriae, et Galliae provinciis observatur (1). Bonorum autem communio haec non iisdem ubique regulis dirigitur, tum quoad tempus, quo incipere debeat, tum quoad res, quae in eam veniant. Siquidem alicubi ex die celebrati in facie ecclesiae matrimonii statim incipit, vires suas exerere: alibi post annum, et diem a nuptiis contractis. In quibusdam locis non tantum rerum omnium mobilium, verum et immobilium societas inter conjuges oritur: in aliis mobilia quidem omnia, sed ex immobilibus bonis ea tan-

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5 tit. 4.

tum continentur, quae post matrimonium fuerint acquisita. Insuper alicubi ipso jure per consuetudinem communio haec inducitur, quin necessaria sit expressa conventio; alibi sine conventione, quae ex placito contrahentium diversam formam communioni indicere potest, neutiquam proficiscitur.

(1) *Duplex regionis species apud Gallos distinguitur: alia, quae jure Romano regitur, et vocari solet:* Pays de droit écrit: *alia, quae regitur jure consuetudinario, quaeque nominari consuevit:* Pays coûtumier; *atque in postremis hisce locis ad civile, seu Romanum jus non recurritur, nisi consuetudine deficiente.*

§. 916.

Hoc autem jus generaliter observatur, ut maritns bonorum communium plene dominus sit; itaut sine mulieris consensu libere de iis disponere possit, ea vendere, donare, et quacumque ratione alienare; actu tamen inter vivos, non testamento, quod tunc tantum vires est habiturum, cum dissoluta erit societas, adeoque ipsa mariti potestas in res communes. Quin et fraus abesse debet, cum de iis per contractus disponit; futurum alioquin, ut actioni Panlianae, seu revocationi locus fiat pro ea parte, qua mulier ex mariti dolo se laesam edocebit; cum nemini dolus patrocinari debeat; nec aequum sit, ut ex unius fraude alter damnum sentiat. Diutius hic non immoramnr; tum quia a jure apud nos recepto haec aliena sunt; tum quia prolixior nimis dispntatio fieret, si singula persequenda essent, quae ad hanc materiam pertinent, maxime cum vix duae provinciae sint, in quibus idem omnino jus observetur. Potius ergo progredimur ad explicandos modos, quibus matrimonium dissolvi possit.

CAPUT V.

De divortiis.

SUMMARIUM.

Ordo, et rerum series, quae in hoc capite pertractantur. §. 917.

§. 917.

Postquam expendimus essentiam conjugii, personas ad contrahendum conjngium idoneas, et formam, quae in contrahendo conjugio servanda sit, rectus ordo postulat, nt de modis, et canssis disseramus, quibus matrimonium legitime contractum dissolvitur; postremo loco acturi de poenis eorum, qui contra legum sanctionem conjugia ineunt. Sed cum plures distinctae quaestiones in hoc argumento expendendae sint, no rerum diversarum confusio tenebras offundat, tribus sectionibus omnia complectemur, quae ad divortium pertinent. Prima explicabit, quid, quotuplex sit divortium, et qui possint divortii judicium instituere. In altera caussas perpendemus, ex quibus fieri possit divortium. Tertia demum modos demonstrabit, quibus justae divortii canssae probentur, et coram quo sint probandae.

SECTIO I.

Quid, et quotuplex sit divortium, et qui possint divortii judicium instituere.

Instit. lib. 1. tit. 10. *De nuptiis.*
Digest. lib. 24. tit. 2. *De divortiis, et repudiis.*
Cod. lib. 5. tit. 17. *De repudiis etc.*

SUMMARIA.

Unde dictum divortium? Est mutua, et perpetua conjugum separatio. §. 918.

Cur perpetua dicatur separatio? Quid jurgium, et fribusculum? §. 919. Inst. l. 1. tit. 10.
Divortium proprie tantum est inter conjuges. Repudium inter sponsos. §. 920. ff. l. 24. tit. 2.
Triplex est divortium, vinculi, tori, et cohabitationis. §. 921. Cod. l. 5. tit. 17.
Si publice intersit dirimi conjugium, omnes admittuntur ad divortii judicium instituendum, imo et ipsi consanguinei. §. 922.
Si autem conjugum duntaxat versetur utilitas in divortio, ipsi soli admittendi sunt. §. 923.
Jure Romano patris consensus in divortiis filiorumfamilias intervenire debebat. §. 924.
Pater solus filio, vel filia invitis nuncium mittendo sibi soli nocebat. §. 925.
Hodie non requiritur parentum consensus in divortiis filiorumfamilias. §. 926.

§. 918.

Divortium inde dictum, quod conjuges, qui invicem discedunt, in diversas partes abire videntur, vel a diversitate mentium (1), definiri potest: *mutua, et perpetua conjugum separatio.* Separatio dicitur vel totalis, vel partialis, sive quoad vinculum, torum, et cohabitationem, vel quoad unum, aut alterum. Mutua est separatio; si enim unus tantum ab alio discedat, proprie adhuc divortium dici non potest, sed divortii quoddam initium.

(1) *Divortium autem, vel a diversitate mentium dictum est, vel quia in diversas partes eun[illegible]i distrahunt matrimonium. L. Divortium* 2. *ff. hoc tit.*, *l. Inter divortium* 191 [illegible] *de verb. significat.*

§. 919.

Perpetua [illegible] tura sua est hujusmodi discessio; si enim iracundiae calore, atque nimia praecipitanti[illegible] em discedant conjuges, brevi reversuri, ut saepe fit, non divortium, sed jurgiu[illegible] et fribusculum, seu frigusculum appellatur (2); quae enim iracundiae calore fiun[illegible] prius rata sunt, quam ex perseverantia dignosci possit, tale revera fuisse faci[illegible] dicentis consilium (3).

(1) *L.* [illegible] 31. *ff. de jur. dot.* (23. 3.), *l. Si liberis* 27. *ff de pactis dotalibus.* (23.

(2) *L.* [illegible] *status* 32. §. *Quod si divortium* 12. *ff. de donation. int. vir.*, *et uxor.* (24.

(3) *Quidquid* [illegible] *(in) calore iracundiae vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, judicium animi fuisse: ideoque brevi reversa uxor, nec divertisse videtur. L. Quidquid* 48. *ff. de reg. jur.*

§. 920.

Demum conjugum separationem divortium esse diximus, proprie enim conjuges tantum divertere dicuntur, sponsis repudii nomen congruentius accommodatur (1): nisi tamen de sponsa agatur, quae jam in domum mariti ante legitimam aetatem fuerit deducta (2); quia in hac specie matrimonii quaedam imago apparet.

(1) *Inter divortium, et repudium hoc interest, quod repudiari etiam futurum matrimonium potest: non recte autem sponsa divortisse dicitur. D. l.* 191. *ff. de verb. significat.*, *l. Inter stuprum* 101. §. 1. *ff. eod. tit.*

(2) *L. Quod Servius* 8. *ff. de condict. caus. dat.* (12. 4.)

§. 921.

Triplex esse potest, uti jam innuimus, divortii significatio, ob triplicem nexum, quo conjuges invicem devinciuntur, quique per divortium dissolvi potest: nempe ipsum conjugii vinculum, torus, et cohabitatio. Divortium quoad vinculum est conjugum separatio dissoluto penitus matrimonio, itaut utrique liceat, alias contrahere nuptias. Divortium quoad torum est conjugum separatio, quoad debitum conjugale, manente interim

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 24. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 17.

matrimonii vinculo, et cohabitatione in eadem domo, et mensa. Demum divortium cohabitationis, quod simul trahit divisionem tori, est separatio conjugum, et liberatio non tantum ab obligatione reddendi debitum, sed et simul habitandi.

§. 922.

De personis, quae possint judicium divortii instituere, discrimen est, utrum publice intersit, matrimonium dissolvi, an vero conjugum dumtaxat versetur utilitas. In prima specie: veluti si matrimonium nullum proponatur ob consanguinitatem, aut affinitatem, vel ob defectum praescriptarum solemnitatum, omnes admittuntur, dummodo legitimas afferant probationes, neque sint de calumnia suspecti (1); imo et ipsi consanguinei contra generales juris regulas recipiuntur; maxime si de cognationis impedimento quaestio sit (2); ratio est, quia ea, quae publicam respiciunt utilitatem, singulos afficere videntur, atque ideo singulorum interesse judicatur.

(1) *Cap. Significante 5., et seqq. extra qui matrimonium accusare.* (4. 18.)

(2) *Cap. Videtur nobis 3. eod. tit.*

§. 923.

In altera vero, ubi conjugum tantum interest, ipsi soli ad agendum 'tti debent: veluti si irritandum matrimonium dicatur, quia alter religiosam emiserit professionem; aut quia ex errore circa substantiam, vel gravi metu contractum sit: vel dissocianda cohabitatio proponatur ex alterius saevitia, vel adulterio; facile enim pertubarentur publicae, et privatae res, si semel alienis negotiis se se immiscendi facultas unicuique concederetur.

§. 924.

Sed quid dicendum, si conjuges adhuc sub patria potestate sint constitut Jure Romano filiifamilias divortium facere non poterant propria sponte; sed auctoritas simul intervenire debebat, si nulla justa fuisset divortii caussa; itaut nu mittendo sibi quidem nocuissent, non autem patri in donatione propter nuptias, aut dote, quae ad ipsum reverti debuisset, quod et ratione dotis profectitiae ad liberos emancipatos extendit Justinianus. Neque obscura hujus juris ratio est; sicut enim sine patris consensu contrahi nuptiae non poterant, ita consequenter nec sine eo dissolvi (1).

(1) *Novell. 22. cap. Est quoque* 19.

§. 925.

Sed vicissim non poterat pater solus, filio, vel filia invita, nuncium mittere genero, vel nurui; sicut nec solus poterat, eos matrimonio copulare (1). Quare, si invito filio repudium misisset, sibi soli nocebat, atque juris effectus pati tenebatur, perinde ac si nuptiae revera diremptae fuissent (2): et tantum patri concesserunt Romanae leges, ut nomine filiaefamilias furiosae, quae ideo neque consentire, nec dissentire poterat, nuncium mitteret ejus marito (3).

(1) *D. Novell. 22. cap. 19. in fine, l. Dissentientis 5. cod. hoc tit., l. Cum hic status 32. §. Si socer 19. ff. de donation. inter vir. et uxor.* (24. 1.)

(2) *D. l. 32. §. 19. et 20.*

(3) *L. Julianus 4. ff. hoc tit., l. Si cum dotem 22. §. Item pater 9. ff. solut. matrim.* (24. 3.), *d. l. Dissentientis 5. cod. de nuptiis.*

§. 926.

Caeterum, cum hodie ex jure recepto valeat matrimonium filiorumfamilias sine parentum consensu celebratum (§. 858., et seqq.), consequens est, etiam valere repudium: imo et potiori ratione; cum longe majoris momenti sit matrimonii sociatio, quam ejus dissolutio: sane enim minora mala, atque incommoda timenda sunt, cum quis uxoris jacturam facit, quam cum mulierem per matrimonium sibi consociat.

SECTIO II.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 24. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 17.

Quae sint legitimae divertendi caussae.

SUMMARIUM.

Diversae, et graviores caussae ad divortium requiruntur, quo et ipsum gravius est. §. 927.

§. 927.

Cum non una sit divertendi ratio, sed multiplex, idcirco nec una est caussarum series, ex quibus divortio locus fieri possit; aequitas enim ipsa demonstrat, eo graviores desiderari caussas, quo gravior, et amplior separatio est. Seorsim igitur caussas expendemus, propter quas, vel quoad vinculum ipsum, quae caetera secum trahit: vel tantum quoad torum, et habitationem solvi possit conjugium.

ARTICULUS I.

Quibus ex caussis solvi possit conjugii vinculum.

SUMMARIA.

Primis reipublicae temporibus vix ulla divortia erant penes Romanos, post frequentissima facta sunt. §. 928. *et* 929.

Romani potius divortia tolerabant, quam permittebant. Hinc divortii conditio rejiciebatur, tanquam bonis moribus contraria. §. 930.

Sed ob morum corruptelam paullatim eo deventum fere est, ut pro lubitu divortia fierent. Justinianus primum caussas divertendi definivit, postea prohibuit omnia, quae fierent mutuo consensu. §. 931.

Justinus secundus Justiniani leges quasi coactus abrogavit. §. 932.

Qua ratione olim divortia fierent apud Romanos? §. 933.

Quid juris, si eum, qui libellum divortii miserat, poenituisset, et nuncius ignarus libellum dedisset? §. 934.

Facilius solvitur matrimonium ratum, quam consummatum, tum divino, tum naturali jure. §. 935.

Matrimonium consummatum sola morte dissolvitur inter fideles. §. 936.

Matrimonium natura sua ad prolis susceptionem, et congruam educationem institutum dissolvi non debet. §. 937.

Quamvis susceptio prolis matrimonii finis secundarius dicatur, non tamen perpetuum esse desinit ejus vinculum. §. 938.

Contractus quidem utrinque obligans matrimonium est, non tamen mutuo dissensu solvitur; quia specialem indolem habet. §. 939.

Jure divino matrimonii indissolubilitas demonstratur ex vetere testamento. §. 940.

Demonstratur etiam ex iis Christi verbis: quod Deus conjunxit, homo non separet. §. 941.

Divortium Judaeorum licitum erat ex singulari Dei dispensatione. §. 942.

Demonstratur conjugii indissolubilitas ex Romanis legibus. §. 943.

Regula tamen haec exceptiones habet. Ratum dirimitur per professionem religiosam: consummatum aliquando per conversionem alterius ad fidem, firmis manentibus dotalibus pactis. §. 944.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 24. tit. 2. Cod. l. 5. tit 17.

Matrimonium ratum non solvitur per susceptionem sacrorum ordinum, nec per simplex votum castitatis. §. 945.

Summi Pontifices dispensare solent ex gravissimis caussis in matrimonio rato. §. 946.

Praetensi reformati triplici adhuc ex caussa solvi tradunt matrimonium etiam consummatum: nempe adulterio, malitiosa desertione, et errore, quo quis corruptam duxerit, quam virginem putabat. §. 947.

Ostenditur, matrimonium non solvi per adulterium alterutrius; et explicatur Christi sententia docentis, eum, qui dimittit uxorem, excepta caussa fornicationis, adulterum esse. §. 948. *et* 949.

Quid intelligant malitiosae desertionis nomine? Probatur, eos abuti Apostoli verbis, quibus de conjuge agit ad fidem converso. §. 950.

Cum frangenti fidem fides non debeatur, ex denegatione debiti conjugalis, inferunt, matrimonium solvi. §. 951.

Non semper rescinditur contractus: maxime si res non sit integra; etiamsi alter datam fidem non impleat. Juris remediis potius est experiendum. §. 952.

Quamvis contractus caeteri ex hac caussa solverentur, non tamen dissociaretur conjugium, quod specialem indolem habet a Deo firmatam. §. 953.

Ergo adulterium legitima caussa est divertendi a toro, et cohabitatione, non a vinculo: contra malitiosam desertionem officium judicis implorandum est. §. 954.

Si foemina, quae virgo putabatur, corrupta appareat, aliqui putant, diverti posse a toro, et cohabitatione: sed aliud est quoad vinculum. §. 955.

Error quidem conditionis ex jure canonico irritat conjugium; sed quia tollit individuam vitae societatem, quae inter conjuges esse debet: huic autem individuae societati non obest castitatis defectus. §. 956. *et* 957.

Prior defectus impingit in substantiam conjugii, non posterior. §. 958.

Error personae conjugii substantiam afficit, non alter, qui tantum respicit qualitatem. §. 959. *et* 960.

Si vis omnis comparationis attendatur ex Ulpiano docente, rescindi emptionem ejus, quae virgo putabatur, absurda sequuntur, quae ipsi reformati non admittunt. §. 961.

Praeterea Ulpianus de nupta loquitur, non de corrupta, de qua aliud fuisset responsurus. Quare? §. 962.

Jure divino vetere nullum non dicitur ex hoc vitio matrimonium. Leo Imperator de sponsalibus loquitur, non de matrimonio. §. 963.

§. 928.

Antequam caussas investigemus, de quibus quaeri potest, utrum dissolvendo conjugii vinculo aptae sint, non abs re erit paucis Romanorum mores perscrutari. Hac autem in re diverso diversis temporibus jure Romani usi sunt. Primis reipublicae temporibus nulla extant divortiorum exempla. Primus, qui matrimonium ita dissolverit, referente Aulo Gellio (1), fuit Spurius Carvillius, cui Ruga cognomentum fuit, anno Urbis conditae DXXIII., atque uxorem dimisit, ea motus ratione, quod propter corporis vitium filiis gignendis apta non esset; quare censorum auctoritate jurare coactus fuit, se aliam uxorem liberorum quaerendorum caussa ducturum.

(1) *Noctium Attic. lib.* 4. *cap.* 3. *Lege Romuli, uti refert Plutarchus in Romulo, mulieri omnino divertendi facultas adempta fuerat, viro autem tribus tantum in casibus, uxorem dimittere, concedebatur: scilicet si uxor veneficio prolem necare tentasset, vel alienam pro sua subdidisset, vel demum adulterii convicta fuisset. Imo refert laudatus Aulus Gellius lib.* 10. *cap.* 15. *noct. Attic., nominatim constitutum fuisse, ut matrimonium flaminum dialium, seu sacerdotum Jovis sola morte dissolveretur.*

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 24. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 17.

§. 929.

Hinc factum, quod freqnentius fieri solet, ut plerique hujus exemplum secuti, non tam rei novitate, quam vetus jugum, saepe nimis asperum, abjiciendi cupiditate illecti, uxorumque consortio pertaesi eas a se temere dimitterent; vel ut in novis nuptiis feliciorem exitum quaererent, vel eo consilio, ut nunquam iis vinculis in posterum se implicarent, quae semel supra vires gravia experti fuerant.

§. 930.

Caeterum divortia apud Romanos potius tolerabantur, quam permitterentur; ut vel inde patet, quod bonis moribus contraria existimaretur divertendi conditio, adeoque pro non adjecta haberetur in ultimis voluntatibus (1): itaut nihil contra obsequium patri debitum fecisse judicaretur filia, quae patri, divortium suadenti, non obtemperaverat (2).

(1) *L. Reprehendenda* 5. *cod. de instit., et substitut.* (6. 25.)

(2) *Cum te pietatis religionem non violasse, sed mariti conjugium .... distrahere noluisse, ac propterea offensum, atque iratum patrem ad exheredationis notam prolapsum esse dicas: inofficiosi testamenti querelam inferre non vetaberis. L. Cum te* 18. *cod. de inoffic. testam.* (3. 28.)

§. 931.

Verum ob morum corruptelam, quae legibus non coercebatur, paullatim eo deventum est, ut pro lubitu alterutrius conjugis matrimonia in dies dissolverentur. Huic abusui obviam iturus Justinianus primum generaliter definivit caussas, ob quas vir ab uxore, aut uxor a viro, alter altero invito divertere posset, praeter quas aliae nullae sufficerent (1); deinde omnia omnino divortia prohibuit, quae mutuo consensu fierent, eo dumtaxat excepto, quod castitatis amor suaderet (2), videlicet cum alteruter ex conjugibus religionis profitendae caussa alterum desereret (3).

(1) *Novel.* 117. *cap. Quia vero* 8., *et cap. Caussas autem* 9.

(2) *Quia vero ex consensu aliqui usque ad praesens alterna matrimonia solvebant, hoc de caetero fieri nullo finimus modo, nisi forte quidam castitatis concupiscentia hoc fecerint. D. Novel.* 117. *cap.* 10.

(3) *L. Deo nobis* 56. *cod. de Episcop., et clericis.* (1. 3.)

§. 932.

Sed adeo sanctas constitutiones non multo post, supplicantium multitudine obrutus, abrogavit Justinus secundus, Justiniani ex filia nepos, quamvis pene invitus: et impune deinceps matrimonia solvi, mutuo tamen consensu, seu bona gratia, ut Romani ajebant, permisit (1), simul in suo robore manentibus veteribus Justiniani constitutionibus, quibus non licebat, praeter enumeratos ab ipso casus, uni conjugum altero invito divertere.

(1) *Novella* 140. *princ., et cap.* 1. *inter Novellas Justiniani.*

§. 933.

Quod pertinet ad modos, quibus olim Romani in divortiis uterentur, plures sentiunt, antiquis temporibus, cum matrimonium confarreatione, coemptione, vel usu contrahebatur, dissolutum contrario ritu fuisse, nempe diffarreatione, remancipatione, et usurpatione: cum aequum sit, ut unaquaeque res eo modo dissolvatur, quo colligata est (1). Deinde vero, cum simplicior ineundi conjugii ratio praetorio jure introducta est, non tantum inter praesentes, sed et inter absentes divortia fiebant, ita tamen ut inter absentes libellus divortii, vel repudii necessario mitti deberet; inter praesentes vero adhibendi essent septem testes puberes, et cives Romani praeter libertum ejus, qui divortium faciebat (2), hac interveniente ut plurimum formula: *res tuas tibi habeto;* vel *tuas res tibi agito* (3): in repudiis autem ad dirimenda sponsalia haec usurpabatur formula: *conditione tua non utor* (4).

(1) *L. Nihil tam naturale* 35. *ff de reg. jur.*

(2) *L. Nullum divortium* 9. *ff. hoc tit.*

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 24. tit 2. Cod. l. 5. tit 17.

(3) *L. Divortium 2. §. 1. ff. hoc tit.*
(4) *D. l. 2. §. In sponsalibus 2.*

§. 934.

Caeterum, si eum, qui libellum divortii tradendum dederat, jam poenituisset, et nuncius, poenitentiam ignorans, libellum obtulisset, in potestate ejus erat, ad quem missus fuerat, utrum matrimonium consistere adhuc deberet, an dissolvi (1); quod consequens erat receptae apud Romanos disciplinae, juxta quam matrimonium censebatur dissolutum, ex quo libellus repudii missus fuerat; quamvis alteri conjugi cognitus adhuc non fuisset, dummodo ad ejus domum delatus (2); quo factum, ut et furiosae repudium mitti potuerit (3).

(1) *L. Si poenituit 7. ff. hoc tit.*
(2) *L. Licet repudii 6. cod. hoc tit.*
(3) *L. Julianus 4. ff. hoc tit.*

§. 935.

De veteri Romanorum jure, seu potius tolerantia, jam satis superque. Potius inquiramus, non quid factum fuerit, sed quid fieri debuerit, et faciendum sit. Atque in primis prae oculis habendum est, facilius solvi matrimonium ratum, quam consummatum; tum jure naturae, tum jure divino: jure quidem naturae; quia deficiente carnali conjunctione non adeo firmum est vinculum, quo invicem conjuges devinciuntur; tum quia proles adhuc nulla est, aut sperari potest, cujus sustentationi, et educationi communi consensu, et studio incumbere debeant conjuges. Jure divino, quia ante consummationem matrimonium perfecte non repraesentat unionem Christi cum ecclesia, sed imperfecte; vel etiam secundum alios eam tantum exhibet unionem, qua Christus animabus justis adhaeret per gratiam; quae unio per peccatum solvi potest; tum quia, ubi de indissolubilitate matrimonii loquitur sacer textus, de eo potius verba facit, quod carnali commixtione consummatum sit, ex quo conjuges facti sint una caro (1).

(1) *Genes. cap. 2. versic. 24.*

§. 936.

Hinc statuimus, matrimonium consummatum sola alterius conjugis morte dissolvi inter fideles (1). Quod tum ex ipsa conjugii indole, tum ex jure divino, tum etiam ex germana Romanorum prudentum, et imperantium sententia firmabimus.

(1) *Dixi, matrimonium consummatum sola morte dissolvi inter fideles: ut indicarem, matrimonium ratum tantum etiam per professionem religiosam; consummatum vero, sed in infidelitate contractum, dirimi per alterius conversionem, si pertinax infidelis pacifice nolit habitare cum conjuge ad fidem converso. Quae infra suo loco expendemus.*

§. 937.

Matrimonii naturam in eo consistere, cumque finem a Deo in conjugio praestitutum, ut proles ex hac societate suscipiatur, suscepta nutriatur, et congrue educetur, nemo est, qui inficias ire possit, nisi forte eos excipias, numero sane longe aliis inferiores, qui ad mutuum adjutorium conjugium institutum fuisse contendunt, quibus consentiunt caeteri, si Adamo Evam adjutricem datam dicant ad filios procreandos, neutiquam vero, si in caeteris vitae officiis, quae et a personis extra conjugium constitutis invicem praestari possunt; ne communis dicatur matrimonii finis primarius cum aliis pluribus hominum conditionibus.

§. 938.

Quamquam nec interest in hac quaestione, utrum sobolis procreatio primarius dicatur conjugii finis, an mutuum adjutorium rationem habeat finis primarii, prolis autem susceptio finis secundarii: namque extra dubium est, in id conjugibus enitendum, ut fini secundario obicem non ponant, quo ejus executio omnino impediatur. Porro divortium

et prolis generationi, ejusque sustentationi, et convenienti educationi penitus obsistere, nemo est, qui ignoret.

Iust. l. 1. tit. 10. ff. l. 24. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 17.

§. 939.

Neque objicias cum Wolfio (1), aliisque, matrimonium nihil aliud esse, quam contractum, qui utrinque pariat obligationem: contractus autem eodem mutuo consensu dissolvi posse, quo sunt colligati (2), vi scilicet libertatis naturalis, saltem si in simplici naturae statu res spectetur, ut iidem ajunt, nec ulli extent liberi educandi; nam, quamvis verum sit, matrimonium rationem contractus habere, atque ideo quibusdam contractuum regulis subjici, veluti iis, quae mutuum consensum requirunt, qui ab errore substantiali, et gravi metu immunis sit; quia tamen specialem etiam indolem praesefert, neque enim confundendus omnino est cum caeteris contractibus, qui versantur circa res ratione, et sensu, vel saltem ratione carentes, specialibus etiam legibus dirigi, debet. Specialis autem ejus indoles, uti jam demonstravimus (§. 936.), in eo sita est, ut ex hoc contractu proles suscipiatur, sustentetur, atque educetur, quae officia conciliari cum divortio, mutuo licet consensu facto, non possunt. Indissolubile ergo conjugium ex jure naturae dicimus; prout idem Wolfius alibi fatetur (3).

(1) *Wolf. instit. jur. nat., et gent. part.* 3. *sect.* 1. *cap.* 2. §. 871.

(2) *L. Nihil tam naturale* 35. *ff. de reg. jur.*

(3) *Wolf. d. loco cap.* 5. §. 944., *ubi ex eo, quod parentes, non modo liberos conjunctim educare, communique sumptu, verum etiam pro virili fortunam eorum promovere, ac ipsis post mortem bona relinquere debeant; atque invicem conjuges tacite se obligent ad quaevis humanitatis officia praestanda, concludit, jure naturali matrimonium perpetuum esse debere.*

§. 940.

Juri naturae consentit jus divinum, quod sacris in litteris continetur; ex quo satis aperte matrimonii indissolubilitas evincitur. Postquam Adam intuitus fuit mulierem a Deo creatam, ut ei comes fieret, haec Divino Spiritu afflatus protulit verba: *relinquet homo patrem suum, et matrem, et adhaerebit uxori suae, et erunt duo in carne una* (1). Sane apertius tradi vix potest perpetua matrimonii ratio; cur enim alioquin praeciperetur homini separatio ab iis, quibus vitam debet, parentibus scilicet, ut mulieri adhaereat, si conjunctio haec facile solvi posset? Quo fundamento vir, et mulier una caro dicerentur, si mutuo consensu ab invicem dividi possent?

(1) *Genes. cap.* 2. *vers.* 24.

§. 941.

Sed validius argumentum deducitur ex verbis Christi, qui interrogatus a Pharisaeis, utrum liceret homini, dimittere uxorem suam, postquam laudatam protoparentis sententiam retulit, haec addit: *quod ergo Deus conjunxit, homo non separet* (1). Conjunctio ergo viri, et mulieris, quae per matrimonium fit, solo contrahentium consensu non adstringitur, sed Dei auctoritate confirmatur, a qua ita habet firmitatem, ut sola conjugum voluntate dissolvi nequeat.

(1) *Matthaei cap.* 19. *vers.* 6.

§. 942.

Hinc patet, qua ratione objectio dilui possit, quae ex Judaeorum exemplo deducitur, penes quos viro licebat, mulierem dimittere, dato ei libello repudii, prout Moyses praescripserat (1); siquidem, ut praeteream eorum sententiam, qui in Judaeis ob duritiam cordis toleratum utique, non vero permissum repudium censent, responderi congruentius potest, licitum, et a quocumque crimine immune fuisse repudium Judaeorum, sed ex suprema Dei dispensatione, qui ex singularibus adjunctis vinculum hoc solvere, potuit (2).

(1) *Deuteronom. cap.* 1. *vers.* 1.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 24. tit. 2. Cod. l. 5 tit. 17. (2) *Sane non iis assentimur, qui tradunt, Deum posse indistincte in jure naturae dispensare; quia Deus efficere nequit, ut quod intrinsece bonum est, vel malum, tale esse desinat. Sed quaedam sunt juris naturalis praecepta, quae ex singularibus adjunctis vim suam, accedente divina dispensatione, amittere possunt. Exemplo esse potest furtum, seu, ut melius dicamus, rerum alienarum ablatio, quae Deo auctorante, qui rerum omnium supremum habet dominium, licita olim fuit Judaeis, quibus permisit Deus, ut bona Ægyptiorum auferrent. Exodi cap.* 11.

§. 943.

Demum diximus, ex germana civilium legislatorum sententia indissolubile quoque matrimonium esse; consentiunt siquidem Romani Jureconsulti, et Imperatores, nuptias esse consortium omnis vitae (1); conjunctionem viri, et mulieris, quae ex matrimonio exurgit, individuam consuetudinem vitae continere (2): dotis caussam perpetuam esse (3); quia perpetuo dos esse debet penes maritum. Sane, nisi perpetuum, seu indissolubile sit matrimonium, cujus intuitu dos praestatur, caussa dotis perpetua dici non potest. His adde, quod ab initio animadvertimus (§. 928.), per quingentos, et amplius annos nulla fuisse in Romana republica divortiorum exempla: deinceps vero ex morum corruptela tolerata potius, quasi quadam necessitate impellente, nunquam vero aponte a legislatoribus permissa (§. 931., et seq.).

(1) *L.* 1. *ff. hoc tit.*
(2) §. 1. *Instit. de patria potestate.* (1. 9.)
(3) *L.* 1. *ff. de jur. dot.* (23. 3.)

§. 944.

Regulam tradidimus, ex qua matrimonium indissolubile est, videndum, utrum aliquas admittat exceptiones, prout fere semper contingit. Jam demonstravimus, facilius solvi matrimonium ratum, quam consummatum (§. 935.). Hinc ratum per professionem religiosam solvitur (1), non vero consummatum, quod in uno tantum casu dirimi potest, cum fuerit in infidelitate contractum, atque alteruter ex conjugibus, qui ad fidem conversus est, non potest pacifice, et sine salutis periculo cum altero conjuge habitare, qui pertinax in infidelitate est (2).

(1) *Concil. Trident. sess.* 25. *de sacram. matrim. canone* 6., *cap. Verum* 2., *cap. Ex publico* 7. *extra de convers. conjugat.* (3. 32.), *l. Deo nobis* 56. *cod. de Episc. et clericis* (1. 3.); *quo tamen casu sentit Faber, pacta dotalia firma manere, ne conjugi in saeculo remanenti, qui innocens est, damnum aliquod inferatur. Fab. cod. hoc tit. lib.* 5. *tit.* 12. *def.* 3.

(2) *Epist.* 1. *ad Corinth. cap.* 7. *versic.* 15., *cap. Quanto te* 7. *extra de divortiis.* (4. 9.)

§. 945.

Sed non aeque per susceptionem sacrorum ordinum solvitur matrimonium, quamvis ratum dumtaxat sit; *cum*, ut loquitur Joannes XXII., *nec jure divino, nec per sacros canones reperiatur hoc statutum* (1); tum quia non ita matrimonio obest susceptio sacrorum ordinum, cum quibus conciliari potest, quam religiosa professio. Idem potiori ratione dicendum de simplici castitatis voto, quod impedire quidem potest matrimonium contrahendum (§. 657.), non vero contractum dirimere: quippe quod non eximit ab obligatione debiti conjugalis, quamvis efficiat, ut licite peti nequeat.

(1) *Extravag. Joannis XXII. unic. de voto, et voti redempt.* (*tit.* 6.)

§. 946.

An Summus Pontifex dispensare possit in matrimonio rato, dissentiunt theologi a canonistis, atque utrique inter se. Plures sentiunt, non posse; sed et plures alii, hanc facultatem ecclesiae a Christo tributam, existimant. Sane quod ad praxim pertinet, certum est, Romanos Pontifices saepe hic dispensasse ex testimonio doctorum (1): atque

secuti sunt sententiam, quae ipsis visa est probabilior, quamquam non omnino indubiam cognoscerent (2). Inst. l. 1. tit. 10.

(1) *S. Antoninus* 3. *part. tit.* 1. *cap.* 21. §. 3. *testatur, se vidisse hujusmodi dispensationes expeditas a Martino V., et Eugenio IV., Navarrus in Manual. cap.* 22. *refert, Julium III., Paulum III., et Pium IV. dispensasse: atque Henriquez lib.* 11. *de matrim. cap.* 8. *num.* 11. *in Glos. lit.* F. *refert, Gregorium XIII. una die undecim hujus generis dispensationes concessisse. Pariter Urbanus VIII. Archiepiscopo Neapolitano dispensationem hanc exequendam mandavit.* ff. l. 24. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 17.

(2) *Clemens VIII. particularem Congregationem elegit, quae ex octo Cardinalibus, et pluribus aliis doctoribus in sacra theologia, et jure canonico constabat, ut quaestionem hanc accurate perpenderent, atque unanimi voto censuit dicta Congregatio, posse S. Pontificem, in hac specie legitimis de caussis dispensare.*

§. 947.

Haec certa sunt apud eos, qui catholicam profitentur religionem; sed longe faciliores sunt in conjugii dissolutione, qui reformatae, ut ipsi ajunt, et melius dicerent deformatae, religioni adhaerent: conjugium nempe, etiam consummatum, ex triplici caussa dissolvi posse, contendunt, quarum duae conjugium subsecutae sint, nempe adulterium, et malitiosa desertio, altera praecesserit, si corrupta appareat, quae a sponso virgo credebatur (1): singula expendamus, ut veritas elucescat.

(1) *Voet in pandect. hoc tit. num.* 5. *et seqq.*

§. 948.

Primo igitur contendit Voet (1), matrimonium solvi per adulterium alterutrius: nisi uxor vim passa fuerit, vel post adulterium expressa, vel tacita reconciliatio intervenerit, vel uterque ejusdem criminis reus effectus sit. Probat sententiam suam ex iis Christi verbis: *Ego autem dico vobis, quia omnis, qui dimiserit uxorem suam, excepta fornicationis caussa, facit eam moechari, et qui dimissam duxerit, adulterat* (2). Unde inferri videtur, licite dimitti posse uxorem ob fornicationis crimen.

(1) *D. num.* 5.

(2) *Matthaei cap.* 5. *vers.* 32., *et cap.* 19. *vers.* 9.

§. 949.

Verum, praeterquamquod eadem verba alibi referuntur, omissa tamen exceptione (1): et Apostolus generaliter docet, adulteram esse mulierem, quae vivente viro alteri conjungitur (2), atque ex Domini praecepto uxorem, a viro discedere, non debere, aut, si discesserit, manere innuptam (3); ea verba, *excepta fornicationis caussa* matrimonii dissolutionem ex adulterio non probant, nisi certo constet, ea utrumque propositionis membrum aequaliter afficere, id est tum facultatem uxorem adulteram dimittendi, tum hac uxore dimissa alteram ducendi (4). Quod sane nullo ineluctabili argumento demonstrari potest: quinimo contraria desumitur validissima praesumptio ex aliis locis, ubi exceptio haec non refertur, sed generaliter, et indistincte divortium prohibetur.

(1) *Quicumque dimiserit uxorem suam, et aliam duxerit, moechatur: Marci cap.* 10. *vers.* 11. *Omnis qui dimittit uxorem suam, et alteram ducit, moechatur. Lucae cap.* 16. *vers.* 18.

(2) *Epist. ad Romanos cap.* 7. *vers.* 2.

(3) *Epist. prima ad Corinthios cap.* 7. *vers.* 10. *et* 11.

(4) *Scilicet in ea Christi propositione duae sunt partes: prima est, qui dimittit uxorem suam, excepta caussa fornicationis, facit eam moechari; atque hic continetur prohibitio, uxorem dimittendi, nisi adulterii rea facta fuerit: dimittendi inquam, non quoad vinculum, sed tantum quoad torum et cohabitationem; dimittendi, enim verbum utrique separationi significandae aptum est. Ergo hisce verbis facul as viro datur, uxorem domo expellendi, quae adultera sit. Altera pars assertionis do-*

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 24. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 17. *cet, eum, qui dimissam duxerit, adulterare: atque hic nullam inesse exceptionem contendimus secundum Ecclesiae traditionem, et perpetuam SS. Patrum sententiam, quae reformatorum interpretatione potior esse debet; quamquam ultro concedimus, dubium videri posse illorum verborum sensum. Sed dubium hoc evanescit, tum ex aliis locis S. Scripturae, in quibus generalis prohibitio continetur nullis circumscripta limitibus: tum ex constanti SS. Patrum, et Ecclesiae traditione.*

§. 950.

Alteram dissolvendi conjugii caussam afferunt, nempe malitiosam, ut ipsi inquiunt, desertionem (1): desertionis autem malitiosae nomine intelligunt viri discessum in alias regiones sine legitima caussa per longum tempus. Sententiam suam, sed temere omnino, tradi docent ab Apostolo Paulo, cum permittit conjugi ad fidem converso, ut eum, qui in infidelitate permanet, deserat, et alias nuptias quaerat, si prius ab infideli deseratur (2). Sed manifeste abutuntur sacrae scripturae verbis; ut enim vel leviter attendenti patet, Apostolus unice loquitur de matrimonio in infidelitate contracto, dissolvendo per unius conversionem ad fidem, et alterius discessum; absurdum autem est, sententiam hanc ac matrimonia fidelium protrahere.

(1) *Voet d. loco num. 9.*

(2) *Quod si infidelis discedit, discedat; non enim servituti subjectus est frater, aut soror in hujusmodi. Epist. 1. ad Corinth. cap. 7. vers. 15.*

§. 951.

Sed, inquiunt adhuc, vir uxorem malitiose deserens recedit a pacto individuae societatis, quam matrimonium ineundo promisit: cum autem unus conjux recedit, potest et alter a data fide recedere; quia frangenti fidem nulla debetur fides. Hinc praeterea inferunt aliqui, etiam ex denegatione debiti conjugalis posse, matrimonii vinculum solvi (1).

(1) *Wolfius instit. jur. nat. part.* 3. *sect.* 1. *cap.* 2. §. 871.

§. 952.

Verum duplici responsione solvi potest hujusmodi argumentum; primo enim generaliter verum non est, contractus omnes statim rescindi posse, atque alter a data fide in aliquo defecerit; maxime si res amplius integra non sit: neque sane aequitas patitur, ut irrita fiant legitime initae pactiones, dum convenientior suppetit ratio, qua alterius indemnitati prospiciatur; adhibitis videlicet juris remediis, et implorata publicorum Magistratuum auctoritate, quibus reus ad contractum implendum adstringatur.

§. 953.

Sed liberaliter concedamus, pacta, et conventiones solvi posse, si alter datam fidem violet, adhuc superesset demonstrandum, generalem hanc regulam aptari matrimonio. Equidem conjugium et ipsum contractus est: ergo ne omnibus aliorum contractuum regulis dirigetur? Minime sane, nec generalis haec comparatio iis placere potest, contra quos nunc disputamus; tum quia specialem jure divino firmitatem conjugio inesse, et ipsi norunt; tum quia inter caetera hoc absurdum sequeretur, quod posset a conjugibus quodcumque pactum matrimonio adjici, cujus defectu in irritum caderet.

§. 954.

Concludamus, ex speciali contractus natura peculiares nasci in conjugio proprietates: atque adulterium legitimam quidem esse caussam, cur a toro, et cohabitatione conjux innocens discedat, non vero, ut ipsum conjugii vinculum dirimatur: contra malitiosam vero conjugis desertionem, aut debiti officii injustam denegationem judicis opem implorandam esse, a quo propositis gravioribus, vel levioribus poenis, prout res exposcet, iniquus conjux ad meliorem frugem adduci poterit. Quod si haec neque per Magistratus auctoritatem obtineri possint patienter erit tolerandum, quemadmodum et in aliis casibus sine alterutrius crimine aliquando contingit.

§. 955.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 24. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 17.

Tertia superest expendenda caussa dissolutionis matrimonii quoad vinculum ex heterodoxorum sententia, quam in eo collocant, quod foemina, quae virgo putabatur, jam ab altero corrupta fuerit deprehensa. Plures quidem sunt ex theologis, qui defectum virginitatis justam caussam esse putant, cur maritus a toro, et cohabitatione discedat, ob gravissimam mutationem, quae inde contingit, saltem si culpa mulieri imputari possit; quod tamen negant alii. Sed certum est, neque divino, nec naturali, nec ecclesiastico jure, divortio quoad vinculum ex hoc defectu locum fieri: ratio est manifesta; nam solus error in substantia inducere potest matrimonii nullitatem; hic autem agitur quidem de errore gravissimi momenti, sed qui ad qualitatem personae dumtaxat refertur (§. 841).

§. 956.

Sed urget Voet (1): ex ipsis canonici juris principiis probari potest, hic locum esse, altero petente, qui innocens est, ad conjugii dissolutionem; nam secundum juris canonici praescriptum error in conditione matrimonium irritat (2): potiori ergo ratione error, de quo agimus, effectum hunc parere debet; gravior enim, inquit, error est, matrimonio magis contrarius, quo quis aut virginem, aut a scelere immunem viduam putet, quae post primi mariti obitum alienis se se libidinibus sua substravit voluntate, quam ille, qui in conditione versatur: dum sola civilis ratio distinguit inter ancillam, et liberam: naturalis vero inter vitiatam ex suo consensu, et integram, scelerisque puram: atque magis timeri potest animorum dissensio in hac specie, quam in alia.

(1) *Voet in pandect. hoc tit. num.* 15.
(2) *Cap. Si quis liber* 2. *cap.* 4. *et* 5. *caus.* 29. *qu.* 2.

§. 957.

Verum magnus hic argumentorum apparatus evanescit, si attendatur, quaenam fuerit germana ecclesiasticarum legum sententia, cum irritum dixerunt matrimonium a libero homine cum ancilla ex errore contractum. Sane definitionis hujus fundamentum in eo non consistit, quod diversitas status talem inducat mutationem; quae consensum in errante per se, et necessario semper excludat: potius ea moti fuerunt ratione, quod servilis status alterutrius conjugis individuae vitae societati, que ex ipso naturali jure vigere debet inter virum, et uxorem, impedimentum, et obicem ponat: ex quo opportunum existimaverunt, nullum, atque irritum declarare ejusmodi matrimonium, nisi errore cognito liber postea consensus accedat.

§. 958.

Hinc patet, quod inter unam, atque alteram speciem intercedit discrimen, et ratio, cur constituendum fuerit ex ipsa naturali aequitate, nullum esse matrimonium contractum cum ea, quae libera ex errore judicabatur: validum vero cum ea, quae virgo crederetur; prior defectus in ipsius conjugii substantiam impingere videtur, quatenus individuam vitae societatem impediens maxime obest prolis susceptioni, ejus convenienti educationi, et mutuis, quae sibi invicem debent conjuges, officiis: haec autem incommoda in alia specie vix obtinent.

§. 959.

Neque validiora sunt argumenta, quae idem interpres ex aliis juris pontificii, vel civilis textibus infert, quorum primum inde deducit, quod nullum dicatur conjugium, ubi est error personae, sicut nulla est emptio ab eo facta, cui pro auro traditur aurichalcum (1). Alterum Ulpianus ipsi suppeditat, cum docet, eum, qui emere putabat virginem, et vendita ipsi mulier est, posse, ex empto agere ad resolvendam emptionem (2).

(1) *D. cap. unico* §. *Ad haec* 3. *in fine caus* 29. *qu.* 1.
(2) *L. Ex empto* 11. §. *Si quis virginem* 5. *ff. de action. empt.* (19. 1.)

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 25. tit. 2. Cod. l. 5 tit. 17.

§. 960.

Vix immorandum est in priore argumento, cujus falsitas apertissima est; nulla enim comparatio institui potest inter errorem personae, seu substantiae, atque errorem qualitatis. Consentiunt omnes, primum contractus nullitatem secum trahere, quia consensum excludit, sine quo nulla conventio subsistere potest: alter vero actionem tantum praebet ad id, quod interest, non ad rescissionem conctractus; alioquin enim fere nullus subsistere unquam posset. Error ergo hic consensum quidem aliquatenus imminuit, non vero aufert.

§. 961.

Fortius quidem est argumentum, quod ex Ulpiano desumitur (1), qui, contractum rescindi posse, existimat ex hujus, de quo agimus, qualitatis errore. Si vis omnis comparationis hic attendenda esset, nimis certe probaret, etiam contra eos, qui a nobis dissentiunt. Ulpianus agit de ancilla nupta ei vendita, qui virginem emere intendebat. Ergo qui viduam ducit, quam nunquam matrimonio junctam fuisse existimabat, poterit pro lubitu, ab ejus consortio recedere: quod tamen nec ipsi reformati admittunt; quemadmodum dissolutioni conjugii locum non esse docent in ea specie, qua puella ante matrimonium viro passa fuerit.

(1) *D. l.* 11. §. 5. *ff. de act. empt.*

§. 962.

Adde, non de ancilla corrupta, aut vidua agere jureconsultum, sed de ea, quae alteri jam nupta sit. Sane plurimum emptoris interesse poterat, virginem ancillam comparare, quam pro lubitu, vel sibi, vel alteri cuicumque matrimonio jungeret: unde factum, ut ad rescindendam emptionem ipsi fuerit actio tributa: aliud responsurus Ulpianus in specie, quam pertractamus. Praeterquamquod ipsum naturale lumen ostendit, non eadem facilitate solvi posse conjugia, qua contractus caeteri rescinduntur.

§. 963.

Demum, ut sententiam suam tueantur, ad jus divinum confugiunt, et ad Leonis constitutionem. Verum jure divino nullum esse matrimonium non dicitur; sed tantum puella, quae hujus criminis rea deprehensa fuerit, morti tradenda, et lapidibus obruenda praecipitur (1). Leo autem Imperator de sponsalibus loquitur, non de matrimonio (2); nemo autem est, qui ignoret, longe facilius sponsalia solvi, quam matrimonium, quod publicam caussam habet, et singularem firmitatem (§. 696).

(1) *Deuteronomii cap.* 22. *vers.* 20. *et seqq.*

(2) *Novella Leonis* 93.

ARTICULUS II.

Quibus ex caussis licitum sit divortium quoad torum.

SUMMARIA.

Dissociatio habitationis aliam secum trahit, non vicissim. Gravior est dissociatio habitationis, quam tori. §. 964.

Ergo caussae, quae ad dissociationem cohabitationis sufficiunt, toro aptandae sunt, qui et sex speciales habet. §. 965.

Prima dissociandi tori caussa est mutuus viri, et mulieris consensus. §. 966.

Altera est adulterium occultum alterutrius conjugis, modo certum sit. Si notorium sit, diverti poterit etiam a cohabitatione. §. 967.

Tertia est grave salutis corporalis periculum: veluti lepra. §. 968.

Explicatur Alexandri III. sententia rescribentis, debitum esse solvendum, si alter conjux leprosus fiat. §. 969.

Propter morbum prius cognitum, vel levem fieri nequit tori divisio. §. 970.
Impotentia superveniens, et suspicio de impedimento dirimente eundem praestant effectum. §. 971.
Postrema est gravis furor superveniens, ex quo ipsum vinculum matrimonii solvi Romani putabant: quod ex ipsorum principiis falsum esse demonstratur. §. 972.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 24. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 17.

§. 964.

Postquam perpendimus causas, ob quas solvi possit matrimonii vinculum, inquirendum, quae justae sint caussae dissociandi conjugii quoad torum simul, et cohabitationem, vel quoad torum tantum: atque de caussis posterioris generis dicemus in hoc articulo. Vix monendum est, separationem cohabitationis etiam secum trahere dissolutionem tori, non tamen viceversa: neque enim ei, qui tori consortium denegare potest, statim concedi debet, ut separatim a conjuge habitet; quia longe gravioris momenti separatio est, quae habitationem respicit, quam sit illa, qua torus continetur; tum quia individuae vitae societas fere extinguitur per divisionem habitationis, secus ac in divisione tori; tum quia plurima incommoda sequi possunt, et frequenter sequuntur ex divisione cohabitationis, quibus caussam, vel occasionem non praebet tori dissociatio.

§. 965.

Ergo, quas ad divortium cohabitationis caussas sufficere, inferius demonstrabimus, et divortio quoad torum aptandae sunt, atque hic sex speciales recenseri possunt: videlicet mutuus utriusque conjugis consensus; adulterium certum quidem, sed occultum: salutis corporalis periculum: impotentia superveniens, vel dubium de matrimonii validitate: postremo furor.

§. 966.

Primo ergo divortium solius tori fieri potest mutuo, et libero utriusque consensu, et ad hoc hortatur Apostolus, ut vacare orationi facilius conjuges possint (1): atque etiam separationis hujus aliae interdum sunt legitimae caussae, quae naturalis ipsa honestas docet, atque demonstrat; quibusque non tantum licita, sed et praecepta esse potest hujusmodi separatio.

(1) *Epist.* 1. *ad Corinth. cap.* 7. *vers.* 5.

§. 967.

Altera est adulterium occultum ab uno ex conjugibus perpetratum, quo fit, ut conjux innocens a nocente dissociationem tori facere possit, modo tamen adulterium certum sit; neque enim in dubio privandus est alter jure certo, quod habet, et in cujus possessione constitutus est; nam et hic locum habere debet regula illa, qua traditur: in dubio meliorem esse possidentis conditionem (1); atque suspiciones potius repellendae sunt, quam approbandae, et recipiendae (2). Dixi haec obtinere in adulterio occulto: si notorium sit atque in judicio probari possit, non tantum quoad torum, sed et quoad cohabitationem conjugii dissociatio fiet, si urgeat innocens conjux, ut postea ostendemus.

(1) *L. In pari caussa* 128., *l. Nemo* 126. §. *ult.*, *l. Factum* 155. §. *ult. ff. de reg. jur.*
(2) *Cap. Oves* 9. *caus.* 6. *qu.* 1.

§. 968.

Tertium tenet locum salutis corporalis periculum, quod tamen grave sit; veluti si infestatio non temere, sed judicio peritorum timeatur: equidem conjuges mutuam sibi fecerunt corporum potestatem; haec tamen tacita conditio omnino subintelligenda est, si haec impleri possint sine gravi propriae incolumitatis periculo; jus enim naturae postulat, vel saltem concedit, ut prius quisque propriae vitae consulat, quam alterius juri; sicuti fert tritum adagium, quo prima charitas incipit a se ipso (1). Hinc consultus de leprosis Alexander III. sollicitis quidem exhortationibus tradit, inducendos

Inst. l. 1. tit. 10. & l. 24 tit. 2. Cod. l. 5. tit. 17. esse, ut maritalem in omnibus affectionem servent illi, quos morbus non infecit; sed si ad hoc induci non potuerint monitis, cogendos tantum praecipit, ut uterque altero conjuge vivente continentiam servet (2).

(1) *Cap. Si non licet* 9. *caus.* 23. *qu.* 5.

(2) *Mandamus, quatenus, ut uxores viros, et viri uxores, qui leprae morbum incurrunt, sequantur, et eis conjugali adfectione ministrent, solicitis exhortationibus inducere non postponas. Si vero ad hoc induci non potuerunt, eis arctius injungas, ut uterque altero vivente continentiam servet. Cap.* 1. *extra de conjugio leprosorum.* (4. 8.)

§. 969.

Neque sibimetipsi contrarius est Summus Pontifex, cum postea rescribit, si virum, aut uxorem leprosam fieri contigerit, et infirmus a sano carnale debitum exigat, generali praecepto Apostoli, quod exigitur, esse solvendum; cum huic praecepto nulla in hoc casu exceptio inveniatur (1); siquidem, ut passim interpretes, et pragmatici interpretantur, de eo leprae morbo intelligendus hic est Alexander, ex quo grave salutis periculum timeri non possit: neque aliud probat subjecta ratio; frequentissimum enim in jure est, ut generale argumentum ad propositam materiam restringi debeat.

(1) *Cap. Quoniam nemini* 2. *extra eod. tit.*

§. 970.

Consentiunt tamen omnes, divisionem tori fieri non posse propter morbum, quando alter sciens, et prudens cum infirmo contraxit; ex quo enim, morbo non obstante, alteri quis jungitur, merito judicatur, juri suo renunciasse, quod jura permittunt (1).

(1) *L. Si quis* 29. *cod. de pactis.* (2. 3.)

§. 971.

Hisce caussis, quae legitimae tori separationi locum faciunt, adjungi et aliae possunt: veluti cum post initum matrimonium impotentia supervenerit (1); vel dubitatur, utrum matrimonium jure fuerit contractum, si non levis suspicio adsit de aliquo impedimento dirimente; in primo enim casu firmum est matrimonii vinculum, sed ejus usus illicitus fit, utpote ad prolis susceptionem ineptus. In altero aequum est, ut pars tutior eligatur, ea nempe, qua et fornicationis periculum vitetur, et contractus legitime celebratus non rescindatur, donec plene constet de illius nullitate.

(1) *Cap.* 35. *caus.* 32. *qu.* 7.

§. 972.

Postrema demum separationis quoad torum justa caussa est furor superveniens. Romanis quidem placuit, matrimonii vinculum dissolvi, cum furor ita ferox, et perniciosus est, ut nulla spes supersit sanitatis; ac conjugi mentis compoti, alias appetere nuptias, sobolis procreandae desiderio, qua destitutus est, permiserunt (1). Verum neque naturali jure, neque divino haec caussa probatur, nec ipsis Romani juris principiis consentanea est haec definitio: receptum siquidem in Romana jurisprudentia principium est, non resolvi contractum, quamvis inciderit in eum casum, a quo non incepissent contrahentes, imo nec incipere potuissent (cum jam perfectus est, nec aliud ad sui complementum requirit) (2). Furor ergo dare quidem potest locum dissociationi matrimonii, quoad torum, imo et plerumque debet ob gravia pericula, quae merito timentur, potissimum si mulier furore detineatur; imo et separationi cohabitationis, si atrox furor sit, non vero vinculi solutioni.

(1) *L. Si cum dotem* 22. §. *Si maritus* 7. *ff. soluto matrim.* (24. 3.)

(2) *L. Patre* 8. *ff. de his, qui sui etc.* (1. 6.), *L. Donationes* 31. *ff. de donat.* (39. 5.)

ARTICULUS III.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 24. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 17.

Quae sint justae dissociandae habitationis caussae.

SUMMARIA.

Prima dissociandae habitationis ratio est mutuus consensus, perfectioris status suscipiendi caussa. §. 973.

Secunda est gravis alterutrius saevitia. §. 974.

Gravis saevitia vulgo putatur probabilis timor gravis verberationis, aut crudelis tractationis. Si periculum sit in mora, propria auctoritate discedi potest, caute tamen. §. 975.

Saevitiae proxime accedit furor, qua etiam pejor est. §. 976.

Tertia est periculum salutis corporalis. §. 977.

Idem est de periculo salutis spiritualis: ex quo, si gravissimum sit, sponte divertendum est. §. 978.

Quarta est adulterium alterutrius, quod culpam habeat annexam. §. 979.

Differt haec caussa ab aliis, quod haec perpetua sit, caeterae tempore finitae, quo praesentes sunt. Discriminis ratio. §. 980.

Conjux innocens potest sacros ordines suscipere, vel ingredi religionem altero invito, nisi crimen remiserit, vel et ipse admiserit: nocens non potest. §. 981. et 982.

Conjux innocens non tenetur, adulterum poenitentem recipere. §. 983.

Potest tamen, et hortandus est, ut recipiat. Nec lenocinii crimen contrahit, si poenitentem recipiat. §. 984.

Innocens potest, etiam post sententiam, nocentem revocare, si res integra sit. §. 985.

Exceptiones regulae, qua ex adulterio diverti potest. Prima est, cum crimen expresse, vel tacite remissum fuit. §. 986.

Ut ex factis tacita remissio colligatur, requiritur, ut libera sint, et apta ad demonstrandam perseverantiam benevolentiae conjugalis. §. 987.

Altera exceptio est, cum uterque conjux adulterii reus est, ob mutuam compensationem. §. 988.

Si reconciliatio intervenerit, et prius innocens post delinquat, compensatio locum non habet. §. 989.

Tertia est, cum mulier immunis est a crimine. §. 990.

Non excusatur mulier, si crimini consenserit etiam metu mortis. §. 991.

Quarta demum est, cum alter alterius crimini consentit etiam tacite, vel caussam praebuit. §. 992

Non censetur vir adulterii caussam dedisse, etsi uxorem domo expulerit, vel abire coegerit, aut alimenta denegaverit. §. 993.

Si mulier a viro ob adulterii suspicionem expellatur, quae invicem viri mores accuset, viri sumptibus alenda est, et subministrandae expensae litis. §. 994.

§. 973.

Prior dissociandae cohabitationis caussa est mutuus consensus eorumdem conjugum; modo tamen, non solo separatim manendi desiderio moveantur, sed perfectioris status suscipiendi, vel per religiosam professionem, vel per sacros ordines: qua etiam in specie uterque saeculum deserere debet, si aliquod sit periculum incontinentiae (1): vel, secluso hujusmodi periculo, in saeculo remanens perpetuae castitatis votum emittere (2).

(1) *Cap. Uxoratus* 8. *extra de convers. conjugat.* (3. 32.)

(2) *Cap. Cum sis praeditus* 4. *eod. tit.*

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 24. tit. 9. Cod. l. 5. tit. 17.

§. 974.

Secunda est saevitia alterutrius conjugis, quae tanta sit, ut sine periculo vitae, vel gravis damni corporalis innocens conjux cum altero cohabitare non possit (1); ipsum enim naturale jus suadet, ut periculum gravis mali, praesertim injuste inferendi, per separationem consortii declinetur (2). Saevitia autem haec frequentius quidem contingit in marito, sed et contingere potest in uxore, praesertim, quae mariti vitae insidias struat.

(1) *Cap. Ex transmissa* 8., *cap. Literas* 13. *extra de restitutione spoliator.* (2. 13) *Thes. decis.* 130. *num.* 2. †, *ubi et traditum, interim suppeditanda mulieri alimenta a marito. V.* §. 558.

(2) *Argum. l. Ut vim* 3. *ff. de justitia, et jure* (1. 1.), *l. Itaque* 4. *ff. ad l. Aquil.* (9. 2.)

§. 975.

Quaenam autem saevitia sufficiens existimari debeat ad hujusmodi divortium, communiter tradi solet, sufficere probabilem timorem, et periculum gravis verberationis, quamvis absit periculum vitae (1); quia praesumi non possunt conjuges, individuae vitae consortium cum tam gravi incommodo spopondisse. Quin, si periculum sit in mora, non esse expectandam judicis sententiam, sed propria auctoritate alterum discedere posse, plures docent. Quod, quamvis verum generaliter sit, caute tamen executioni demandandum est, et praecipue inspiciendum diligenter, utrum male praeconceptus timor periculi gravitatem adaugeat; aut moribus, et verbis ad suavitatem magis, et benignitatem compositis, vel etiam silentio, cujus parum amicus est muliebris sexus, periculum evitari possit, quemadmodum frequenter contingit.

(1) *Si se verberibus (quae ingenuis aliena sunt) afficientem probaverit, tunc, repudii auxilio uti necessario, ei permittimus libertatem. L. Consensu* 8. §. *ult. in fine cod. hoc tit., Novel.* 22. *cap. Caeterae vero* 15. §. *Et rursus* 2. *versic. Si igitur.*

§. 976.

Saevitiae proxime accedit furor; ira enim, ex qua saevitia proficiscitur, temporalis furor merito nominatur: immo pejor furore saevitia in eo dici potest, quod furor invitum hominem teneat, sponte prodeat saevitia. Ex furore autem, quamvis regulariter dissociatio habitationis fieri nequeat, sed tori tantum; si tamen valde atrox sit, itaut conjux, qui sanae mentis est, nequeat sine periculo simul cum altero habitare, non dubium, quin et huic separationi locus fiat (1).

(1) *Argum l. Si cum dotem* 22. §. *Si maritus* 7. *ff. de solut. matrim.* (24. 3.)

§. 977.

Tertia est salutis corporalis periculum ex alterius contagioso morbo proficiscens, de quo etiam diximus (§. 968.): itaut non tantum tori, sed et habitationis fieri divisio possit, cum ex sola habitatione merito timetur, ne morbus conjugem sanum inficiat.

§. 978.

Corporalis salutis periculo addendum est periculum salutis spiritualis, cum alter conjux alterum provocat ad gravia crimina (1); quin et propria auctoritate licebit divertere, si gravissimum sit periculum in crimen consentiendi (2). Immo et divertendum omnino erit; cum non liceat, in proximo peccandi periculo permanere. Quamquam et hic in primis enitendum, ut alii mediis malum, si fieri possit arceatur.

(1) *Cap. Quaesivit* 2. *extra de divortiis* (4. 19.), *cap. Idolatria* 5. *caus.* 28. *quaest.* 1.

(2) *Argum. d. cap.* 5. *caus.* 28. *quaest.* 1.

§. 979.

Quarta, et precipua divortii caussa, quoad torum et habitationem, est adulterium alterutrius conjugis, quod tamen culpam habeat annexam, vel aliud simile crimen (1). Atque caussa haec tum divino, tum humano jure probatur; cum nulla major injuria a conjuge alteri inferri possit, quam ea, quae per divisionem carnis fit.

(1) *Matthaei cap.* 19. *versic.* 20., *cap. Significasti* 4. *et* 5., *cap. Gaudemus* 8. *extra de divortiis* (4. 19.), *Argum. l. Si uxor* 13. §. *Si quis plane* 7. *ff. ad l. Juliam de adult.* (48. 5.), *l. Foedissimam* 20. *cod. eod. tit* (9. 9.)

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 24. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 17.

§. 980.

In eo autem a caeteris differt hujusmodi divortii caussa, quod aliae separationem tantum permittant, quamdiu praesentes sunt, itaut (si casum excipias, quo alter religiosam emiserit professionem, vel perpetuum continentiae votum, aut sacros ordines susceperit) ablato malo, vel incommodo redintegrari consortium debeat: contra divortium ex caussa adulterii perpetuum est pro arbitrio conjugis innocentis. Discriminis ratio in eo est, quod ceterae, nempe saevitia, furor, periculum animae, vel corporis, divortium tantum licitum reddunt, quatenus necessarium sit ad evitandum grave malum, quod timetur; adeoque secluso mali periculo deest divortii justa caussa: contra adulterium separationi locum facit, ob illatam injuriam per violationem fidei conjugalis, quae semel violata retractari efficaciter non amplius potest.

§. 981.

Hinc sequitur: 1. Conjugem innocentem posse, sacros ordines suscipere, vel ingredi religionem altero invito (1), dummodo praecesserit legitimi judicis sententia, saltem si occultum sit crimen; si enim publicum sit, plures sentiunt, non requiri judicis auctoritatem (2); quae in dubiis tantum casibus imploranda videtur.

(1) *Cap. Constitutus* 15., *cap. Veniens* 16. *extra de convers. conjugat.* (3. 32.), *cap. Agathosa* 21. *caus.* 27. *quaest.* 2., *cap. Dixit* 2. *caus.* 32. *quaest.* 1.

(2) *Ubicunque fornicatio est, libere uxor dimittitur. D. cap.* 2. *caus.* 32. *qu.* 1.

§. 982.

Excipiendus tamen hic casus est, quo innocens alteri crimen remiserit (1), vel et ipse in idem crimen prolapsus sit (2). Sed eadem facultas reo conjugi non conceditur, si innocens dissentiat, qui reum potest ad cohabitationem revocare, nisi innocens jam et ipse religiosam emiserit professionem, vel sacros ordines susceperit; quia tunc reum revocare, et cum eo cohabitare amplius nequit.

(1) *Argum. l. Si maritus* 15. §. *Si negaverint* 5. *ff. ad l. Juliam de adulteriis* (48. 5), *cap. Quam periculosum* 8. *caus.* 7. *quaest.* 1., *cap.* 1. 2. *et* 3. *caus.* 32. *quaest.* 1.

(2) *Cap. Significasti* 4 *extra de divort.* (4. 19), *cap. penult.*, *et ult. extra de adult.*, *et stupr.* (5. 16.), *l. Crimen* 11. *cod. ad l. Jul. de adult.* (9. 9.)

§. 983.

Sequitur 2. Conjugem innocentem cogi non posse, ut adulterum recipiat, licet poenitens sit; poenitentia enim tollit quidem culpam apud Deum, sed non tollit injuriam homini factam: neque per poenitentiam excluditur poena, aut crimen aboletur (1); vel jus divortii insonti quaesitum, per alterius crimen sola poenitentia auferri potest.

(1) *L. Palam* 43. §. *Non solum* 4 *ff. de ritu nuptiar.* (23. 2.), *l. Qui ea mente* 65. *ff. de furtis.* (47. 2.)

§. 984.

Verum nihil obstat, quominus conjux nocens ab insonte post poenitentiam recipiatur (1); quisque enim libere potest, juri pro se introducto renunciare (2), atque injuriam illatam remittere (3). Quin et ad hoc hortandus est, ut Dei benignitatem homo imitetur; atque ne in periculum novi criminis conjux poenitens inducatur (4). Neque hinc maritus lenocinii crimen contrahit, sicuti contrahere dicitur ille, qui deprehensam in adulterio uxorem in matrimonio retinet (5); id enim de iis maritis accipiendum est, qui uxores adulteras, non poenitentes, sed in crimine perseverantes retinere pergunt, ita ut hinc potius facilior, et commodior via pateat mulieri ad crimen, quod maritus videtur approbare.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 24. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 17.

(1) *Cap. Quod autem* 7. *caus.* 32. *quaest.* 1.
(1) *L. Si quis* 29. *cod. de pact.* (2. 3.)
(3) *Auth. Sed hodie*, *post. l. Quamvis adulterii* 30. *cod. ad l. Jul. de adulteriis* (9. 9.), *l Si uxor* 13. §. *penult.*, *et ult. ff. eod. tit.* (48. 5.)
(4) *D. Cap.* 7. *et cap. seqq. caus* 32. *qu.* 1.
(5) *L. Crimen lenocinii* 2. *cod. ad l. Jul. de adult*

§. 985.

An coujux innocens pro lubitu possit, nocentem revocare, etiam post latam divortii sententiam, atque teneatur reus confestim reverti, probabilius est affirmandum, si res adhue integra sit, neuter scilicet ingressus fuerit religionem; nam divortii sententia tota est favore innocentis, cui consequenter nocere non debet, neque in ejus dispendium retorqueri (1): alioquin coujux nocens ex suo delicto commodum contra aequitatem reportaret.

(1) *L. Nulla juris* 25. *ff. de legib.* (1. 3.), *cap. Quod ob gratiam* 61. *extra de reg. juris in Sexti Decr.*

§. 986.

Regulam generalem tradidimus, ex qua propter adulterii crimen divertere licet quoad torum, et cohabitationem; tradendae nunc sunt ejusdem regulae exceptiones, et quatuor sunt. Prima est, quando conjux innocens expresse, vel tacite, videlicet factis, maritalem affectionem, et benevolentiam, vel reconciliationem significantibus nocenti crimen remisit (1): quin audiendus sit, si postea remissionem retractare velit (2); jus enim semel dimissum, altero invito recuperari, non potest.

(1) *L. Si maritus* 15. §. *Si negaverint* 5. *ff. ad l. Juliam de adulteriis* (48. 5.), *l. Crimen adulterii* 11. *cod. eod. tit.* (9. 9.)
(2) *D. l.* 15. §. 5.

§. 987.

Quaenam vero facta tacitam remissionem demonstrent, prudentis judicis arbitrio definiendum est, qui duo diligenter perpendere debet. 1. Utrum libera omnino fuerint facta: 2. An perseverantiam conjugalis dilectionis demonstrare apta sint. Hinc sola cohabitatio, praesertim mulieris, quae viri pravam consuetudinem noverat, sufficiens remissionis, seu reconciliationis argumentum non est, nisi alia indicia simul concurrant.

§. 988.

Secundus casus est, quando adulterium ab utroque conjuge perpetratum fuit; licet enim in criminali poenae judicio mutui criminis compensatio non fiat, sed uterque conjux puniendus sit (1): quod tamen pertinet ad tori, et habitationis separationem, aequitas dictat, paria crimina mutua compensatione deleri (2); iniquus enim non potest non videri conjux, qui pudicitiam ab alio exigit, quam ipse non servat, quique in altero crimen vindicare vult, cujus et ipse conscius est (3). Potius ergo crimen ipse abjiciat, et ab eo se purget, quam alterius mores emendare contendat (4).

(1) *L. Si uxor* 13. §. *Judex* 5. *ff. ad l. Jul. de adulteriis.* (48. 5.)
(2) *Cap. Significasti* 4., *cap. Ex literis* 5. *extra de divortiis* (4. 19.), *cap. penult*, *et ult. extra de adulter.* (5. 16.)
(3) *Judex adulterii ante oculos habere, debet, et inquirere, an maritus pudice vivens, mulieri quoque bonos mores colendi auctor fuerit; periniquum enim videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat. D. l. Si uxor* 13. §. *Judex* 5. *ff. ad l. Juliam de adulteriis.*
(4) *Cap.* 1. *caus.* 32. *quaest.* 6.

§. 989.

Si post unius conjugis adulterium reconciliatio intervenerit, atque postea, qui prius innocens fuerat, et crimen remiserat, ipse prolabatur, aequitas quidem suadet, ut eadem

benevolentia remissio delicti praestetur; summo tamen jure delicti compensationi locus non est; extinctum enim semel remissione delictum non potest revocari (1). Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 24. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 17.

(1) *L. Non solum* 11. §. 1. *ff. de injuriis.* (47. 10.)

§. 990.

3. Ex adulterio non est divortio locus, quando sine culpa mulieris vim passae fuerit secutum (1): vel si mulier ab altero sub conjugis specie fuerit decepta (2); nulla enim in hisce casibus culpa est. Nulla ergo debet esse poena (3).

(1) *L. Si uxor* 13. *Si quis plane* 7., *l. Vim passam* 39. *ff. ad l. Jul. de adulter.* (48. 5.), *l. Foedissimam* 20. *cod. eod. tit* (9. 9.), *cap. Ita ne* 3. *caus.* 32. *qu.* 5.

(2) *Cap. In lectum* 6. *caus.* 34. *quaest.* 1.

(3) *Cap.* 1. *et* 2. *caus.* 32. *quaest.* 5.

§. 991.

Verum ex communi interpretum sententia non excusatur mulier, quae in crimen consenserit ex gravi, mortis etiam, timore (1); quamvis enim ex metu hoc commiseratione aliqua mulier digna fiat, atque crimen aliquatenus imminuatur, non desinit tamen gravissimum esse. Quare separationis poenam effugere non debet, quae ita deliquit; ne etiam hinc peccandi occasio praestetur, dum excusationis via demonstratur.

(1) *Cap. Sacris* 5. *extra de his, quae vi, metusve caussa fiunt.* (1. 40.)

§. 992

Quartus demum casus, quo conjux, alteri adulterium objicere, non potest, ille est, quo crimini praestitit consensum, aut adulterandi caussam praebuit; neque enim audiri meretur, qui improbat mores, quos ipse corrupit, aut quorum corruptioni consensit (1): neque scienti, et consentienti ulla fit injuria (2), quae tamen fundamentum est petendi divortii. Quin et tacitus consensus sufficere videtur, ut maritus repellatur, qui crimen uxoris scivit, neque contradixit, aut prohibuit, cum tamen prohibere potuisset; certa enim est juris regula, in iis, quae quis debet, et potest impedire, consentientem existimari, cum non impedit (3).

(1) *Cur enim improbet maritus mores, quos ipse aut ante corrupit, aut postea probavit. L. Cum mulier* 47. *ff. solut. matrim.* (24. 3.), *cap. Discretionem* 6. *extra de eo, qui cognovit consanguin. uxoris.* (4. 13.)

(2) *Cap.* 27. *extra de reg. jur. in Sexti Decr.*

(3) *Qui tacet, consentire videtur. Cap.* 43. *de reg. jur. in* 6. *V. l. In omnibus* 3., *et seq. ff. de noxalib. act.* (9. 4.)

§. 993.

Verum ex communi sententia non censetur vir, adulterii caussam uxori praebuisse, eo saltem sensu, ut inde privetur jure instituendi divortium, etsi eam domo expulerit, vel per saevitiam, aliasve iniquas rationes, extra domum abire, coegerit, atque interim alimenta denegaverit (1); neque enim in flagitium proruendi legitima haec caussa est (2); cum potius omnia mala tolerari debeant, quam iniquissimo sceleri consensus praestetur (3).

(1) *Cap. Significasti* 4. *extra de divortiis.* (4. 19.)

(2) *Non est ignoscendum ei, quae obtentu paupertatis turpissimam vitam egit. L. Palam* 43. §. 5. *ff. de ritu nuptiarum.* (23. 2.)

(3) *Cap. Ita ne* 3. *caus.* 32. *quaest.* 5., *cap. Sacris* 5. *extra de his, quae vi, metusve caussa fiunt.* (1. 40.)

§. 994.

Si autem mulier a marito propter suspicionem adulterii domo expellatur, quae invicem mariti mores accuset, interim mariti sumptibus alendam esse, placuit Sabaudo Senatui: imo et cogendum maritum ad expensas subministrandas mulieri in litem, si nullam ipsa dotem habeat (1); alioquin enim facile posset improbus maritus, per calumniam

Inst. l. 1 tit. 10. ff. l. 24. tit. 2. Cod. l. 5 tit. 17.

mulierem ejicere, et inique praegravare. Quod si dotem mulier habeat, litis sumptus ex dote deducentur, si appareat, justam querelae caussam maritum habuisse (2): secus judicandum, si injuria maritus accusationem instituerit; cum aequitas non patiatur, ut ex unius culpa alter damnum sentiat (3).

(1) *Argum. l. Si, instituta* 27. §. *De inofficioso* 3. *ff. de inofficioso testam.* (5. 2.)

(2) *L. Si is, qui* 56. §. *Quod dicitur* 3. *ff. de jure dotium.* (23. 3.)

(3) *L. Sancimus* 22. *cod. de poenis* (9. 47.), *Fab. cod. de repudiis lib* 5. *tit.* 12. *def.* 1.

SECTIO III.

Quibus modis probentur divortii caussae.

SUMMARIA.

Duo hic quaeruntur. Primum respicit onus probationum. Alterum, quae probationes in hoc argumento admittantur. §. 995.

Dissolutio vinculi conjugalis nonnisi publica auctoritate fieri potest, quamvis notoria dicatur matrimonii nullitas. §. 996.

Eadem fere observanda sunt in dissociatione cohabitationis, nisi periculum sit in mora. §. 997.

Separatio solius tori mutuo consensu, ex adulterio, vel gravis morbi periculo, propria auctoritate fieri potest. §. 998.

Judex competens in his caussis, non laicus, sed ecclesiasticus est. §. 999.

Divortii caussae probantur testibus, instrumentis, et conjugum confessione. Pronior debet esse judex ad sustinendum conjugium. Facilius dissolvitur, quod irritum dicatur ex jure naturali, aut divino; tam quoad torum, quam habitationem; facilius quoad hanc, quam quoad vinculum. §. 1000.

Quaenam requirantur in testibus? §. 1001.

Amplius non admittuntur testes de auditu, nisi viri graves sint, et ante litem motam testificata didicerint ab antiquioribus, saltem duobus fide dignis. §. 1002.

Vix fidem meretur scriptura, quae publica non sit, aut adminiculis munita. §. 1003.

Confessio conjugum, etiam jurata, non probat, nisi concurrant indicia, vel saltem publica fama: facilius admittitur in sponsalibus. §. 1004.

§. 995.

Postquam singulas caussas expendimus, propter quas dissociatio vinculi, tori, vel cohabitationis inter conjuges fieri possit, inquirendum superest, quibus modis probari hae caussae possint. Haec autem quaestio duas partes habet: prima respicit onus probationum: altera probationum genus, quae in hoc argumento recipiuntur. Quod pertinet ad priorem partem, etiam hic distinguendum est, utrum dissolutio vinculi conjugalis, an sola separatio tori, aut tori simul, et cohabitationis separatio petatur.

§. 996.

Si petatur dissolutio vinculi conjugalis, regula generalis est utroque jure firmata: non aliter ratum esse hujusmodi divortium, praeterquam si publica judicis competentis auctoritate firmetur (1); quamvis notoria dicatur divortii caussa (2); ratio est, quia, matrimonia legitime contracta non turbari, aut solvi, publice interest: quae autem publicum bonum respiciunt, nonnisi publica regi debent auctoritate.

(1) *L. Nullum* 9. *ff. hoc tit.*, *Nov.* 117. *cap. Quia vero quaedam* 13., *Nov.* 134 *cap. Quia vero aliqui* 11., *cap.* 1. *caus.* 33. *qu.* 2., *cap. Porro* 3. *extra de divortiis.* (4. 49.)

(2) *D. Cap.* 3. *extra de divortiis.*

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 24. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 17

§. 997.

Eadem fere observanda sunt, cum de habitationis separatione inter conjuges agitur; quae et ipsa publicam quandam caussam habet (1): fere dixi, ut indicarem, aliquando propria auctoritate conjugem recedere posse a communi habitatione, cum periculum gravissimum imminet, nec moram patitur (§. 975.).

(1) *Ex ea enim facile oriuntur scandala, et filiorum cura deseritur.*

§. 998.

Consentiunt omnes, solius tori dissociationem mutuo conjugum assensu privatim fieri posse: tum etiam, cum adulterii conjux alter reus factus est, vel imminet gravis morbi periculum. Sane nemo dubitat, quin separatio haec longe facilius fieri possit, sine judicis auctoritate, quam quae habitationem, et consequenter torum respicit; tum quia graviora ex hac, quam ex illa, imminent mala: tum quia facilius conceduntur, quae privatim, et clam fiunt, quam quae ob oculos omnium versantur.

§. 999.

Porro judex in his caussis non laicus, sed ecclesiasticus est (1), uti supra demonstravimus ex jure tum canonico, tum civili (§. 687.), scilicet Episcopus (non archidiaconi, aut decani, quibus a Concilio Tridentino denegata haec potestas fuit (2)), Vicarius generalis, saltem cum Episcopi mandato, atque etiam caeteri praelati jurisdictionem quasi episcopalem habentes (3).

(1) *Quia de re agitur, quae ad Sacramenta pertinet.*

(2) *Sess.* 24. *de reformat. matrim. cap.* 20.

(3) *Argum. cap.* 12. *extra de excessibus praelatorum.* (5. 31.)

§. 1000.

Quod pertinet ad modos, quibus conjugii dissolvendi caussae probandae sint, nihil fere singulare hic statutum invenitur. Tres ergo generatim esse possunt, nempe testium depositio, instrumenta, et ipsorum conjugum confessio. Tantum monemus, proniores esse debere judices ad matrimonium semel contractum sustinendum, quam ad illud dissolvendum ob gravissima incommoda, quae ex conjugii dissolutione facile oriri possunt: unde, in hac materia eas tantum admittendas esse probationes, vulgo tradunt doctores, quae omni exceptione majores sint. Facilior tamen esse debet judex in dissociando conjugio, quod irritum proponatur ex caussa, quae a jure naturali, aut divino descendat, quam ex ea, quam humanae leges statuerunt: quemadmodum etiam facilius permittenda est dissolutio tori, quam cohabitationis, et facilius haec, quam vinculi.

§. 1001.

Hinc in testibus plura spectanda sunt. 1. An verosimilem rei notitiam habere possint. 2. An sint integrae famae. 3. An forte ex malitia, vel fraude ad deponendum contra matrimonium moveantur (1): quo fit, ut rejiciantur testes, nisi jurejurando profiteantur, ad testimonium ferendum accessisse studio pandendae veritatis (2). 4. Si de gradibus consanguinitatis agatur, non aliter fides adhibetur testibus, quam si a communi stipite incipiant, idest a parentibus, vel saltem a fratribus, et ita per ordinem gradus distinguant, propriis nominibus, vel aequipollentibus indiciis personas designando (3).

(1) *Cap. ult. extra qui matrim. accus.* (4. 18.)

(2) *Cap. De parentela* 5., *cap.* 6. 7. 8. *et* 9. *caus.* 35. *qu.* 6.

(3) *Cap. Tua nos* 7. *extra de consanguin. et affinit.* (4. 14.)

§. 1002.

Cum ad septimum usque gradum cognatio protendebatur, testes de auditu recipi aliquando poterant (1): postquam tamen ad quartum gradum restricta cognatio fuit, merito constitutum est, ne super hac recipiantur de caetero testes de auditu; nisi forte personae graves sint, et ante litem motam testificata didicerint, ab antiquioribus quidem suis,

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 24. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 17. non utique ab uno, qui nec sufficeret, si viveret: sed saltem a duobus, qui nec infames sint, nec suspecti, sed fide digni, et omni exceptione majores (2).

(1) *D. cap. Tua nos in fine.*
(2) *Cap. Licet ex quadam 47. extra de testib.* (2. 20.)

§. 1003.

Si caussae conjugii dissociandi scriptis contineantur, vix est, ut iis aliqua fides sit adhibenda, nisi alia legitima suffragentur adminicula (1); vel nisi authenticum instrumentum proferatur; neque enim ex testimonio ignotae manus, aut illius, qui, quod literis credidit, proprio detrectat ore firmare, legitime celebratum conjugium dissolvi, aequitas patitur: quamquam negari non potest, quin hinc aliqua praesumptio oriatur (2).

(1) *Cap. A nobis 2. extra qui matrim. accusare.* (4. 18.)
(2) *D. cap.* 2.

§. 1004.

Quoad conjugum ipsorum confessionem generaliter observandum est, vix legitimae probationis vim habere posse, quamvis jurejurando firmata sit, nisi alia concurrant indicia, vel saltem publica fama (1); semper enim timendum est, ne novi matrimonii ineundi cupiditate ducantur. Quare recipi non debuit, ut ex unius, vel etiam utriusque conjugis confessione matrimonium dissolveretur; etsi receptum fuerit, in quibusdam casibus, ut ex unius confessione possit consistere (2).

(1) *Cap. Literae vestrae 7. extra de frigidis, et malefic.* (4. 15.)
(2) *Cap.* 1. *eod. tit., cap.* 1. *caus.* 33. *quaest.* 1.

CAPUT VI.

De poenis eorum, qui contra leges matrimonium contrahunt.

Instit. lib. 1. tit. 10. *De nuptiis.*
Digest. lib. 23. tit. 2. *De ritu nuptiarum.*
Cod. lib. 5. tit. 5. *De incestis, et inutilib. nuptiis.*

SUMMARIA.

Duplicis hic generis poenae sunt: aliae generales contra omnes, aliae singulares pro quibusdam casibus, et variae. §. 1005.

Generales poenae tres sunt, nullitas matrimonii, dotis, defectus patriae potestatis. §. 1006.

Speciales poenae pendent ex qualitate criminis, prout in conjugii substantiam delinquitur, vel conjunctionum honestas violatur. §. 1007.

Impingunt in substantiam conjugii poligami, et filii, qui, spreto parentum consensu, matrimonio junguntur: peccant contra honestatem incestuosi, et ulteriores nuptias appetentes. §. 1008.

Ordo, et series hujus argumenti. §. 1009.

§. 1005.

Poenae eorum, qui contra legum sanctionem matrimonium contrahunt, duplicis generis distingui possunt. Aliae generaliter praestitutae sunt contra eos, qui leges in hac materia latas violant; aliae singulares quosdam casus respiciunt, pro quorum varietate variae sunt. De unaquaque specie singillatim dicendum est, ut facilius singula percipiantur.

§. 1006.

Poenae generatim adversus quoscumque praefinitae, qui leges (1) in conjunctionibus non servant, ad tria capita revocari possunt; quorum duo ex primo consequuntur: nempe prima poena est matrimonii nullitas. Secunda, quae hinc sequitur, in eo consistit, quod nulla dos tunc esse possit, nec ejus petitio, aut exactio. Tertia demum est defectus patriae potestatis, et natalium in prole inde suscepta.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 5.

(1) *Leges dicimus, quae hactenus a nobis expositae sunt; quod enim ad alias leges pertinet, de quibus dicturi sumus, non eadem omnino ratio est; ut ex dicendis constabit, et opportune demonstrabimus.*

§. 1007.

Quas autem speciales poenas leges constituerunt in hoc argumento, non aliter cognosci possunt, quam si criminis gravitas prius cognita sit. Dupliciter peccari hic potest: vel 1. Contra ea, quae matrimonii substantiam afficere videntur: vel 2. Quia honestas non servatur, quae praecipue in conjunctionibus prae oculis habenda est.

§. 1008.

Contra matrimonii substantiam agere videntur, qui duas simul uxores habent, vel vicissim: tum et qui, spreto parentum consensu, vel consilio, matrimonio junguntur: quatenus nempe eorum consensus praetermittitur, quem adhibendum esse, ipsa natura suadet. Peccant contra honestatem in conjugiis servandam, qui incestas quaecumque ratione nuptias ineunt. Quin et eandem aliquatenus leadunt, qui secundum, vel ulterius matrimonium appetunt. Qui idcirco quibusdam specialibus legum coercitionibus subsunt: firmo interim manente conjugii vinculo.

§. 1009.

Dicendum ergo: 1. De poenis generalibus, quae omnes afficiunt: 2. De poenis, quae sunt singulorum propriae. Cum autem plura gravissimi momenti expendenda sint contra eos, qui post prioris conjugis mortem alias quaerunt nuptias, seorsim de iis agemus. Quare tribus sectionibus rem hanc exequemur; quarum prima erit de poenis, quae omnibus communes sunt, qui conjugiorum leges non servant. 2. De poenis, quae sunt singulorum propriae, iis exceptis, qui ad secunda vota transeunt, de quibus in tertia sectione disseremus.

SECTIO I.

De generalibus illicitarum nuptiarum poenis.

SUMMARIA.

Prima poena est nullitas matrimonii, ut nec vir, nec uxor, nec nuptiae intelligantur. §. 1010.

Hinc nec dos est, quae propter matrimonium datur. §. 1011.

An dos data repeti possit, distinguendum est, habita ratione scientiae, vel ignorantiae. §. 1012.

Si mulier sola, vel solus ille, qui dotem dedit, nullitatem sciverit, non videtur esse repetitioni locus. §. 1013.

Utroque sciente, dotis repetitioni locus est, si matrimonium non fuerit celebratum, una cum fructibus, non autem usuris; quia hic non turpis, sed nulla caussa est. §. 1014. *et* 1015.

Si autem matrimonium fuerit secutum, dos ad fiscum pertinet. §. 1016.

Excusat error, nec affectatus, nec supinus. Excusantur etiam minores, dummodo post legitimam aetatem statim diverterint. §. 1017.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 5.

Si solus vir nullitatem conjugii sciverit, repetitio locum habet. §. 1018.

Tertia poena est defectus patriae potestatis, quoad civiles, non autem naturales effectus. §. 1019.

Ipsi etiam filii iniquitatem parentum portant, juribus legitimorum privati, et a successione remoti. §. 1020.

Legitimi tamen reputantur, si alteruter conjux in bona fide fuerit. §. 1021.

Bona fides praesumitur in iis, qui publice conjugium inierunt: mala in iis, qui clam. §. 1022.

§. 1010.

Tres esse poenas eorum, qui contra leges, de quibus hactenus diximus, matrimonium contrahunt, nempe nullitatem matrimonii, et dotis; atque patriae potestatis, et natalium defectum, jam animadvertimus (§. 1006.): singulas expendamus. Primo igitur, ait Justinianus: *si adversus ea, quae diximus, aliqui coiverint, nec vir, nec uxor, nec nuptiae, nec matrimonium .... intelligitur* (1). Merito ait Imperator, neque virum esse, neque uxorem; haec enim nomina iis tantum ex legum sanctione conveniunt, qui legitimo conjugio juncti sunt. Nec conjunctio haec nuptiarum, aut matrimonii nomen meretur, quod justam, et honestam conjunctionem designat: sed vel adulterii, aut incestus, aut alia simili turpi denominatione appellanda est; non enim eodem nomine gaudere debent, quae leges damnant, et improbant, ac ea, quae leges recipiunt, et firmant.

(1) §. *penult. instit. hoc tit.*

§. 1011.

Hinc sponte fluit, nec dotem esse (1): cum enim dos propter matrimonium detur, scilicet ad ejus onera sustinenda, ibi esse non potest, ubi matrimonium non est (2). Quare Romanis merito placuit, non prius ad dotem promissam agi posse, quam matrimonium legitime contractum fuerit (3): atque dotis promissionem evanescere, si ante nuptias missum fuerit repudium, itaut ne redintegratis quidem sponsalibus promissio vires recipiat (4). Ergo, quae fructuum nomine percepta fuerint, omnino auferenda sunt (5).

(1) *D. §. penult. instit hoc tit.*

(2) *Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt; neque enim dos sine matrimonio esse potest. Ubicunque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est. L. Dotis appellatio 3. ff. de jure dotium.* (23. 3.)

(3) *L. Item quia 4. §. Hujus rei 2. ff. de pactis.* (2. 14.)

(4) *L. Stipulationem 21. ff. de jure dot.*

(5) *Incestae nuptiae neque dotem habent: et ideo omne, quod perceptum est, licet fructuum nomine, auferetur. L. Incestae 52. ff. hoc tit.*

§. 1012.

An data dos in hac specie repeti possit, sunt, qui distinguunt, utrum mulier dotem dans sola sciret matrimonii nullitatem, an vir quoque nullitatis conscius esset: an mulier matrimonii prohibitionem ignoraret: tum et distinguendum tradunt, utrum matrimonium revera secutum fuerit, necne.

§. 1013.

Si mulier sola sciret matrimonii nullitatem, vel solus quicunque dotem dedit, censent, repetitioni locum non esse, sive matrimonium fuerit secutum, sive non; sed marito cedere dotis emolumentum; quasi donasse videatur, qui ob caussam quidem dedit, sed, quam sciebat, non posse subsistere (1): quae ratio eo magis vigere debet in hac specie, ubi donanti gravis culpa imputari debet, ob quam a repetitionis emolumento merito excluditur (2).

(1) *Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est. L. Cujus per errorem 53. ff. de reg. jur., L. Donari videtur 8 ff. eod. tit.*

(2) *Neque hic ad fiscum pertinere dotem dicendum est ex l. Incestae nuptiae 52. ff. hoc tit., et l. Si quis incesti 6. cod. hoc tit.; nam, cum vir nullius culpae reus fit, non est ab eo, tanquam ab indigno, dos auferenda; ut fisco tribuatur, contra quem semper in dubio facienda est interpretatio. L. Non puto 10. ff. de jure fisci.* (49. 14.)

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 5.

§. 1014.

Si vero uterque sciverit matrimonii contrahendi nullitatem, distinguendum putant, an matrimonium secutum sit, necne. Matrimonio celebrato, repetitioni locum esse existimant, vel actione ex stipulatu, vel condictione sine caussa, vel condictione ob non secutam caussam, una cum fructibus, si fundus in dotem datus sit, qui sunt naturales rei accessiones (1). Neque dos penes maritum remanere debet, quasi in pari turpitudinis caussa melior esse debeat possidentis conditio (2); retentio enim haec tunc tantum competit, cum turpis caussa fuit, hic vero potius nulla est caussa (quia matrimonium secutum non fuit), quam turpis, ut eleganter ratiocinatur Papinianus (3). Neque fisco tribuenda est; leges enim (4) de matrimonio contracto loquuntur: neque in hac materia, quae odiosa est, quod de matrimonio est constitutum, ad sponsalia trahi debet: maxime quia levius deliquit, qui sponsalia tantum contraxit, quam qui ad matrimonium, et corporum conjunctionem progressus est.

(1) *L. Qui se debere 7. §. Fundus dotis 1. ff. de condiction. caus. dat* (12. 4.), *l. Videamus 38. princ., et §. 1. ff. de usuris* (22. 1.), *Fab. cod. de condict. ob caus. dat. lib. 4. tit. 5. def. 2. num. 2. ad 6. in corpore.*

(2) *L. Cum par 154. ff. de reg. jur., l. In pari causa 128. ff. eod. tit.*

(3) *L. ult. princ., et §. 1. ff. de condic. sine caus.* (12. 7.)

(4) *Nempe d. l. 52. ff. hoc tit.*

§. 1015.

Quod de fructibus diximus, ad usuras non est protrahendum; usuras enim neque a die litis contestatae deberi, tradit Faber (1); utpote quia condictiones omnes sint stricti juris, nec eodem favore dignae, quo fructus. Hypothecam tamen, et dotis privilegium mulieri probabiliter ignoranti competere, censuit Sabaudus Senatus (2); quia mulier haec digna videatur legum favore, quae ignoranter deliquit.

(1) *D. def. 2. lib. 4. tit. 5.*

(2) *Fab. d. def. 2. num. 9. et seqq. in corp.*

§. 1016.

Hinc pronum est colligere, quid dicendum, si matrimonium fuerit secutum, et consummatum, cum ejus prohibitionem uterque sciebat: mulier in poenam criminis meretur dotem amittere, vir autem non debet ex suo delicto emolumentum reportare; superest ergo, ut soluta dos ad fiscum pertinere debeat, utpote ab indignis ablata (1).

(1) *D l. Incestae 52. ff. hoc tit., d. l. Si quis 6. cod. hoc tit.*

§. 1017.

Sed quid juris erit, si error intervenerit? Si nec affectatus, nec supinus error fuerit, sed probabili innixus ratione: vel de personis quaestio sit aetate minoribus, quas lapsas potius fuisse aetatis lubrico, quam ex dolo praesumi possit. Imperatores constituerunt, ab hac poena excusari, dummodo errore comperto, aut ubi ad legitimam aetatem pervenerint, confestim ab iniqua hac conjunctione se separent (1). Caeteris igitur allegatus error non proderit.

(1) *Qui contra legum praecepta .... nuptias forte contraxerit, nihil ex eodem matrimonio .... consequatur: idque totum, quod ab alterius liberalitate in alterum processerit, ut indigno, indignaeve sublatum, fisco vindicari, sancimus: exceptis tam foeminis, quam viris, qui aut errore acerrimo, non affectato, insimulatove, neque ex vili caussa decepti sunt, aut aetatis lubrico lapsi: quos tamen ita demum legis*

Inst. l. 1. tit. 10. *nostrae laqueis eximi, placuit, si aut errore comperto, aut ubi ad legitimos perve-*
fr. l. 23. *nerint annos, conjunctionem hujusmodi sine ulla procrastinatione diremerint. L. Qui*
tit. 2. *contra 4. cod. hoc tit.*
Cod. l. 5. tit. 5.

§. 1018.

In ea demum specie, qua mulier, vel alter, qui dotem dedit, matrimonii prohibitionem ignorabat, sive sponsalia tantum celebrata sint, sive et ipsum matrimonium, dubium esse, non potest, quin mulieri repetitio competat (1); vel condictione sine caussa, si sponsalia tantum intervenerint; vel condictione ob falsam caussam, seu caussam non secutam, utpotequae jure non subsistit, si et matrimonium fuerit consummatum.

(1) *D. l. ult. ff. de condict. sine caus.* (12. 7.)

§. 1019.

Tertia poena est defectus patriae potestatis; quamvis enim jure naturae inspecto filius reverentiam, et obsequium debeat illi, a quo genitus est, merito tamen Romani constituerant, ut civiles effectus, qui ex liberorum procreatione oriri possunt, iis tantum prosint, qui ex justis nuptiis prolem susceperint (1); ne ex iniquitate sua lucrum sentiant.

(1) *Princip. instit. de patr. potestate.* (1. 9.)

§. 1020.

Postremo tantum visum est crimen eorum, qui contra leges matrimonium contrahunt, ut, non sufficere existimaverint legislatores, graviter peccantes coercere; nisi et simul parentum iniquitatem aliquatenus ferrent innocentes ipsi liberi, quos omnibus legitimorum juribus carere decreverunt; itaut non tantum a patris successione repellantur, sed nec ali a patre permittantur, qui ex nefaria, aut incesta conjunctione progeniti sunt (1): quamquam ex commiseratione, et aequitate in foro receptum jam supra tradidimus (§. 562), ut et his ex patris substantia alimenta decernantur.

(1) ***Ex complexu nefario, aut incesto, seu damnato liberi, nec naturales sunt nominandi, omnis paternae substantiae indigui beneficio, ut nec alantur a patre. Aut. Ex complexu post l. 6. cod. hoc tit.***

§. 1021.

Verum, quia maximus esse debet innocentium liberorum favor, jure constitutum est, ne aliter e legitimorum numero expungendi sint, quam si et vir, et mulier nullitatis matrimonii conscii fuerint, itaut unius ignorantia ei prosit ad legitimorum jura omnia consequenda. (§. 464.)

§. 1022.

Si dubitetur, an alteruter saltem ignorantia deceptus fuerit, nec argumenta, aut indicia praesto sint, quibus veritas elucescat; ignorantiam praesumunt leges in iis, qui publice contrahunt, scientiam vero in iis, qui clam (1); qui enim palam aliquid facit, satis demonstrare videtur, se bona fide agere, ut redargui nequeat; maxime in re, quae plures tangere, et multorum sollicitudinem excitare potest, ad quos pertinet de ea cognoscere, eique prospicere. Contra, qui clam facit, doli suspicione non caret; quia vix est, ut latebras quaerat, qui id se agere putat, quod reprehendi jure non possit.

(1) ***Cap. Cum inter 2. extra qui filii sint legit. (4. 17.), Thes. quaest forens. lib. 3. quaest. 94. num. 6.***

SECTIO II.

De specialibus poenis illicitarum nuptiarum.

SUMMARIA.

Proponuntur, quae in hac sectione pertractamus. §. 1023.

Polygamia ipsis Romanis legibus damnata fuit, et gravibus poenis coercita. §. 1024.

Error probabilis excusat a poenis polygamiae. §. 1025.

Liberi contra parentum voluntatem contrahentes etiam exheredari possunt, si indignam duxerint. §. 1026.

Filiae gravius puniuntur, si indigno viro nupserint. Quid si post annum XXV. matrimonium contrahant? §. 1027.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 5.

Quamvis pater transierit ad secundas nuptias, non privatur usufructu dotis maternae favore filiae. §. 1028.

Idem jus est de bonis, quae a matre pervenerint ad patrem extra dotem, ut ita ingrata filia puniatur. §. 1029.

Censuit tamen Senatus, integram portionem cum usufructu adjudicandam huic filiae, quae ad ipsam spectabat per successionem fratris praemortui. §. 1030.

Incestus proprie est matrimonium inter consanguineos in gradu prohibito: late omnes illicitas nuptias complectitur. §. 1031.

Incestus poenis subjicitur carnalis commixtio extra matrimonium: quin et benignius agendum cum ineuntibus matrimonium, in quibus facilius ignorantia praesumitur. § 1032.

Jure canonico ex illicita conjunctione oritur affinitas, non jure civili. §. 1033.

Incestus jure Romano, vel est contra jus gentium, seu naturale, vel contra jus civile. Utrumque explicatur. §. 1034.

An incestus sit juris gentium patrui conjunctio cum nepte? Papinianus affirmare videtur. §. 1035.

Coutra Paulus incestum tantum juris civilis, videtur in hac specie, agnoscere. §. 1036.

Incestus quidem est ex jure gentium inter hos collaterales, sed quod levius crimen sit, quam inter ascendentes, et descendentes. §. 1037.

Si de poenis incestus quaeratur, ejus species distinguenda: tum an aliud crimen annexum habeat; an in figura conjugii, an extra perpetratus sit, an ex errore. §. 1038.

Incestus juris gentium inter ascendentes, et descendentes morte punitur etiam in mulieribus, et minoribus, et extra nuptias. §. 1039.

Incestus juris civilis, qui aliud crimen annexum non habeat, punitur publicatione bonorum ipso facto, et aliis poenis: morte etiam, si adulterium annexum habeat. §. 1040.

Cum incestui adjicitur crimen adulterii, praeter mortis supplicium, simul publicatio bonorum locum habet. §. 1041.

Incestus juris gentium extra nuptias capite punitur: juris civilis publicatione bonorum, verberatione. § 1042.

Error mitiori poenae locum facit: sed non admittitur in incestu juris gentium, in quo nec foeminae excusantur. §. 1043.

Hactenus memoratae poenae obtinent etiam contra incestum juris canonici. §. 1044.

§. 1023.

In hac sectione dicendum est: 1. De poenis polygamiae. 2. De poenis eorum, qui contra parentum consensum matrimonio junguntur. 3. Demum de poenis incestarum nuptiarum juxta propositum supra ordinem. (§. 1007. et seqq.)

§. 1024.

Ex ipsa matrimonii definitione, qua dicitur conjunctio viri, et mulieris (1), satis constat, polygamiam simultaneam, eam scilicet, qua quis simul duas uxores habet, vel mulier duos habet maritos, Romanis legibus fuisse improbatam (§. 695.). Hinc hujus

Inst. l. 1. tit. 10 ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5 tit. 6.

criminis rei praetoris (2) edicto infamia notati sunt, atque insuper a competente judice puniri jubentur (3). Quare vir, qui simul duabus mulieribus junctus sit, stupri poenis subjicitur (4): idest publicationi dimidiae partis bonorum, et infamiae in honestioribus; corporali autem coercitioni cum relegatione in humilioribus (5): foemina duobus simul viris matrimonio juncta, velut adultera, punitur (6), idest morte (7).

(1) *L. 1. ff. hoc tit*, §. 1. *instit. de patr. potest.* (1. 9.)

(2) *L. 1. ff. de his, qui notant infam.* (3. 2.)

(3) *Neminem, qui sub ditione fit Romani nominis, binas uxores habere posse, vulgo patet; cum etiam in edicto praetoris hujusmodi viri infamia notati sint. Quam rem competens judex inultam esse non patietur. L. Neminem* 2. *cod. hoc tit.*

(4) *L. Eum, qui* 18. *cod. ad l. Juliam de adulter* (9. 9.)

(5) §. *Item lex Julia* 4. *instit. de publicis judiciis* (4. 18.). *Eum, qui duas uxores duxit, ad triremes ad tempus damnatum fuisse refert Thesaurus lib.* 1. *qu.* 14. *num.* 5. *in fine.*

(6) *Auth. Hodie, post l.* 7. *cod. de repudiis.* (5. 17.)

(7) *L. Transigere* 18. *cod. de transact.* (2. 4.)

§. 1025.

Sane, ut hisce poenis locus sit, a sciente, et prudente contractum debet esse matrimonium, nec probabili ignorantia excusari. Quare si mulier matrimonium cum alio contraxerit, dum prior vir adhuc in vivis erat, sed absens, in dubio potius error, quam dolus, et malitia praesumetur, si palam, et publice fuerit celebratum: atque ideo statutas ab Imperatoribus (1) poenas effugiet (2).

(1) *Dict. l. Qui contra* 4. *cod. hoc tit.*

(2) *Fab. cod. de condict. ob caus. dat. lib.* 4. *tit.* 5. *def.* 2. *in princ.*

§. 1026.

Quod pertinet ad liberos utriusque sexus, qui contra debitum parentibus obsequium matrimonio junguntur, jam supra animadvertimus, filium posse, tanquam gravis ingratitudinis reum a patre exheredari, si tamen eam duxerit, quae ignominiam, et dedecus familiae sit allatura. (§. 861.)

§. 1027.

Cum autem major sit mulierum fragilitas, et captionibus magis obnoxiae sint in propriae verecundiae dispendium, raptus poenis subjiciendas aequum visum est filias, quae sine parentum consensu nuberent, itaut non tantum legitima, sed et dote, imo et alimentis ipsis, si viro indigno nupserint, stricto saltem jure inspecto, privandae decernantur: alimentis tamen ex aequitate concedendis, vel eorum loco exigua dote. Sed hujusmodi poenae tunc tantum obtinent, cum ante vigesimumquintum annum proprio arbitrio nuptias sibi quaesierit filia, non si post eam aetatem. (§. 862. et seqq.)

§. 1028.

An filia dotes maternas in hac specie consequi possit, etiam quoad usumfructum, excluso patre, qui ad secunda vota transierit, dubitatum est; quasi pater secundum contrahens matrimonium privari debeat usufructu dotis maternae (1). Placuit tamen Senatui, patrem usufructu non esse spoliandum (2); quia materna haec bona adventitiis connumeranda sunt, quorum usumfructum pater per secundas nuptias non amittit (3).

(1) *L. Foeminae* 3. *cod. de secund. nuptiis.* (5. 9.)

(2) *Thes. quaest. forens. lib.* 1. *qu.* 70. *num.* 16. †

(3) *L. ult. cod. de bon., quae lib.* (6. 61.)

§. 1029.

Eadem prolata fuit sententia quoad alia bona, quae ad patrem, extra dotem tamen, a matre pervenerant; ea ratione, quod, quamvis dubitari posset, utrum per transitum ad secunda vota pater eorum usufructu privandus esset, aequum tamen erat, culpam

eum culpa compensari, nec patris delictum ingratae filiae favere, quamvis jus filiae prius esset crimine (1). Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 5.

(1) *Thes. ibid. num.* 17. †

§. 1030.

Quod vero pertinet ad eam portionem, quae ad filiam spectabat per successionem fratris praemortui, Senatus censuit, integram portionem cum usufructu huic filiae esse adjudicandam; quamvis ingrati animi vitium erga patrem ipsi objici posset; quia lex indistincte patrem excludit ab usufructu ejus portionis, quae ex hereditate fratris habita sit, ad quam una cum patre filii admittantur; quin etiam intersit, utrum pater ad secunda transierit vota, necne (1).

(1) *Auth. Item hereditas cod. de bonis, quae liber., Thes d. quaest.* 70. *lib.* 1. *num.* 18. †

§. 1031.

Antequam de poenis incestus dicamus, breviter explicandum, quid incestus nomine veniat. Incestus proprie dicitur matrimonium contractum inter consanguineos (1): quamquam etiam nomen hoc accommodatur illicitae conjunctioni inter affines contractae (2): imo et quaecumque illicitae nuptiae incestae aliquando vocantur (3); sed omnino improprie. Quare communiter definiri solet incestus: *conjunctio consanguineorum, vel affinium intra gradus prohibitos.* Atque eo gravius crimen est, quo proximiore gradu consanguinitatis, vel affinitatis invicem connectuntur.

(1) *L. ult.* §. 1. *ff. de condict. sine caus.* (12. 7.)

(2) *D. l. Si qua mihi* 12., *l. Sororis proneptem* 39. §. *Si quis* 1., *juncta L.* 14. *et* 15. *ff. hoc tit*

(3) §. 1. *instit. hoc tit.*

§. 1032.

An incestus dici debeat illicita quaecunque cum affinibus, vel consanguineis carnalis commixtio; quamvis extra matrimonium intervenerit, non satis conveniunt interpretes, saltem quod spectat, utrum poenae a lege civili statutae locum habeant. Sane jurecosulti incestus nomine uti promiscue videntur ad designandam, tum conjunctionem carnalem extra matrimonium (1), tum eam, quae in matrimonio habeatur (2); ipsa enim conjunctio illicita incestum facit, non conjunctionis forma. Benignius tamen aliquando agendum traditur erga eos, qui illicitum, et incestum contrahunt matrimonium, quam erga alios (3); quia facilius ignorantia praesumitur in eo, qui palam agit, quam in alio, qui clam delinquit (4).

(1) *L. Etiamsi* 56. *ff. hoc tit,*

(2) *D. L.* 39. §. 1. *ff. hoc tit.*

(3) *Nonnunquam tamen, et in maribus incesti crimina, quamquam natura graviora sunt, humanius, quam adulterii, tractari solent, si modo incestum per matrimonium illicitum contractum sit. L. Si adulterium* 38. §. *Nonnunquam* 3. *ff. ad l. Juliam de adulteriis* (48. 5.)

(4) *Palam delinquentes, ut errantes, majore poena excusantur: clam committentes, ut contumaces, plectuntur. L. ult. ff. hoc tit.*

§. 1033.

In hoc quidem omnes consentiunt, civile jus ab ecclesiastico differre, quod secundum hujus sanctionem ex quacumque copula etiam illicita affinitas contrahatur. Quare vetitum est eo jure sub poena nullitatis, ut ea in uxorem ducatur, cujus quis sororem antea cognovit (1): contra ex legibus civilibus (2). Quo fit, ut incestus poenis a jure civili praescriptis non subjaceat, neque incestuosus proprie dici possit, qui eam duxit, cum cujus consanguinea deliquit (3); nec filius ex hoc matrimonio natus spurius existimatur, sed naturalis (4).

Inst. l. 1. tit. 10 ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5 tit. 5.

(1) *Cap. Fraternitati tuae 7. extra de eo, qui cognovit consanguin. uxor. suae.* (4. 13.)

(2) *Sciendum est, neque cognationem, neque adfinitatem esse posse, nisi nuptiae non interdictae sint. L. Non facile 4. §. Sciendum est 8. ff. de gradib., et adfinib.* (38. 10)

(3) *Fab. cod. de incest., et inutilib. nuptiis lib. 5. tit. 3. def. 2. num. 8. et seqq. in corp.*

(4) *Utpote conceptus ex illicita quidem conjunctione, non tamen incestuosa.*

§. 1034.

Duplex genus incestus ex Romana jurisprudentia distinguendus est, aliud nempe, quod sit contra jus gentium, seu naturale, aliud tantum contra jus civile: jure gentium committitur inter ascendentes, et descendentes (1); tum et inter fratres, et sorores (2): tum etiam inter eos, qui per affinitatem parentum, et liberorum loco sunt, quales sunt socer, et nurus, vitricus, et privigna (3). Juris autem civilis incestus rei dicuntur, qui matrimonium ineunt cum iis personis, quibus legali cognatione juncti sunt, veluti filii, et fratres adoptivi, et similes (4).

(1) *Jure gentium incestum committit, qui ex gradu ascendentium, vel descendentium uxorem duxerit. L. ult. ff. hoc tit.*

(2) *L. Eum, qui 19. cod. de episcopis et clericis* (1. 3.), *juncta l. Libertinus* 8. *ff. hoc tit*

(3) *D. l. ult. §. 1. ff. de condict. sine caussa.* (12. 7.)

(4) *L. Si qua mihi 12. §. ult., l. Per adoptionem 17. princ., et §§. seqq. l. Quinetiam* 55. *princ., et §. 1. ff. hoc tit.*

§. 1035.

An incestuosa ex jure gentium habenda sit patrui, aut avunculi conjunctio cum filia fratris, aut sororis, dubia, si Romanas leges inspiciamus, est hujus quaestionis definitio. Papinianus indicare videtur, per has nuptias committi incestum juris gentium, cum ait, quoad incestum juris civilis deteriorem esse masculorum conditionem, quam foeminarum, quae ob ignorantiam excusantur: pares autem poenas sustinere utrumque sexum docet, ubi incestus juris gentium commissus fuerit (1): alibi autem tradit, par esse neptis, et avunculi in hac specie delictum (2).

(1) *L. Si adulterium 38. §. Nonnunquam 3. ff. ad l. Jul. de adulter.* (48. 5.)

(2) *D. l. ult. ff. de condict. sine caus.* (12. 7.)

§. 1036

Contra Paulus sentire videtur, illos, qui consanguineis in linea transversa junguntur, non esse reos incestus juris gentium; hunc enim committi tradit inter ascendentes, et descendentes: eos autem, qui ex latere uxorem ducunt, levius puniri, si palam fecerint: gravius quidem, si clam; sed non eadem poena, qua primi; hanc subdens diversitatis rationem, quod ex latere non bene contrahitur (1).

(1) *Jure gentium incestum committit, qui ex gradu ascendentium, vel descendentium uxorem duxerit, quam vetatur, vel adfinem, quam impeditur: si quidem palam fecerit levius; si vero clam hoc commiserit, gravius punitur, cujus diversitatis illa ratio est circa matrimonium, quod ex latere non bene contrahitur. D. l. ult. ff. hoc tit.*

§. 1037.

Conciliari forte uterque jureconsultus poterit, si dicamus, etiam in linea collaterali inter consanguineos incestum committi ex jure gentium, qui tamen levius crimen sit, quam inter ascendentes, atque descendentes: gravius etiam delinquunt, qui iis personis junguntur, quae ex numero quidem ascendentium, vel descendentium non sunt, parentum tamen, et liberorum locum tenent, quam ii, qui cum aliis personis contrahunt, hanc imaginem non habentibus; quippe non ita Romano jure in hoc postremo personarum genere conjugium interdicebatur, sicut in priore. (§. 770.)

§. 1038.

Hisce positis: si de poenis incestus quaeratur, primum inspiciendum est, an de incestu juris gentium, an juris civilis agatur: tum an incestus adulterium, stuprum, vel aliud simile crimen habeat annexum: item an in specie matrimonii, an extra nuptias fuerit perpetratus: demum an scienter, an ex errore probabili.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 5.

§. 1039.

Incestum juris gentium, quo ascendentes, et descendentes conjunguntur, cum longe gravior omnibus sit, itaut ne in mulieribus quidem, aut minoribus excusationem admittat (1), extremo supplicio puniendum, visum est Senatui Sabaudo, sive matrimonium intervenerit, sive non (2).

(1) *L. Si adulterium* 38. §. 1. *ff. ad l. Jul. de adulteriis* (48. 5.), *l. Auxilium* 37. §. 1. *ff. de minorib.* (4. 4.)

(2) *Fab. cod. de incest. nuptiis lib.* 5. *tit.* 3. *def.* 5.

§. 1040.

Si autem de incestu agatur, quod civile tantum jus prohibeat, extremum quidem remittitur supplicium, saltem si aliud crimen annexum non habeat, sed punitur confiscatione bonorum, exilio, amissione quarumcumque dignitatum, atque insuper verberatione, si vilis persona fuerit (1); quae quidem bonorum publicatio ipso facto incurritur, itaut, quamvis ante condemnationem reos decesserit, debeat tamen memoria ejus damnari, atque universa ejusdem bona ab eo, qui se heredem putabat, auferri (2). Haec obtinent, nisi aliud crimen, puta adulterium, admixtum fuerit cum incestu; tunc enim morte puniri placuit (3), si non ratione incestus, saltem ratione adulterii (4).

(1) *Incestas nuptiae contrahentis poena est confiscatio bonorum, tam caeterorum, quam dotis: exilium etiam, et cinguli (si quo potitur) spoliatio, verberatio quoque, si vilis est: foemina quoque talia scienter peccante simili poenae subjuganda. Substantia sic amissa, liberis hoc ipso sui juris effectis, si quos habet legitimos, applicetur: ut tamen pater ab eis alatur: quibus non extantibus fisco defertur. Auth. Incestas nuptias post l.* 6. *cod. hoc tit.*

(2) *Fab. cod. eod. tit. def.* 1.

(3) *Fab. ibid. num.* 4.

(4) *L. Transigere* 18. *cod. de transact.* (2. 4.)

§. 1041.

Gravior est quaestio, an cum extremo supplicio in hac specie locum etiam habeat confiscatio bonorum: Justiniani constitutio (1) videri potest, ad hunc casum non porrigenda, sed ad eum tantum, quo solus incestus commissus sit, adeoque remissum mortis supplicium; tum quia constitutio poenalis, atque aliena a generalibus juris regulis (2) extra suos limites non est protrahenda (3). Contra et confiscationis poenam in hac specie irrogandam suadere videtur delicti atrocitas; ne alioquin mitius puniri videatur, qui gravius delinquit: et ita placuit Sabaudo Senatui (4).

(1) *D. Auth. Incestas nuptias cod. hoc tit.*

(2) *Auth. Bona damnatorum cod. de bonis proscriptorum* (9. 49.); *ubi abrogatis veteribus legibus, quae bona damnatorum fisco addicebant, Justinianus constituit, ut ad ascendentes, et descendentes, atque collaterales usque ad tertius gradum perveniant: itaut his demum deficientibus fiscus acquirat.*

(3) *L. pen. ff. de poenis* (48. 19.), *l. Quod vero* 14. *ff. de legib.* (1. 3.)

(4) *Fab. cod. eod. tit. lib.* 5. *tit.* 3. *def.* 3.

§. 1042.

Incestus, quem quis extra matrimonium committit, eo excepto, qui inter ascendentes, et descendentes est, de quo supra diximus (§. 1039.), capitis poena puniri debet, si contra jus gentium sit; si vero juri tantum civili, aut etiam canonico adversetur, nec

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 5.

aliud crimen annexum habeat, quamvis de eo Justinianus non meminerit (1), bonorum tamen confiscatione, exilio, atque verberatione coereendum esse, jure fuit definitum; gravior enim poena irroganda est ei, qui clam deliquit, unde doli praesumptio exurgit, quam alteri, qui palam nuptias contraxit, qui per imperitiam lapsus judicari potest (2).

(1) *In d. Auth. Incestas nuptias cod. hoc tit.*
(2) *Fab. cod. eod. tit. def. 7.*

§. 1043.

Quod pertinet ad errorem, generalis quidem regula est, mitiori poenae locum facere; quia consensum minuit: dummodo nec affectatus, nec simulatus, nec supinus fuerit (1). Sed utrum hic admittendus sit, necne, Romanae leges distinguunt inter incestum juris gentium, et incestum juris civilis, ita ut in priore non excusentur foeminae, excusentur vero in posteriore (2). Hinc colligi potest, facilius recipi etiam in maribus unius, quam alterius incestus ignorantiam.

(1) *L. Qui contra 4. cod. hoc tit.*
(2) *L. Si adulterium* 38. §. *Quare mulier* 2. *ff. ad l. Jul. de adult.* (48. 5.)

§. 1044.

Unum hic superest adnotandum, videlicet poenas incestarum nuptiarum haetenus memoratas, quibus incestus juris civilis subjicitur, locum etiam habere in eo, qui contra juris canonici praescriptum committitur, ut de communiori sententia testatur Faber; quia in iis, quae ad matrimonium, utpote sacramentum, pertinent, civiles leges ecclesiaticis potius sint accommodandae (1).

(1) *Fab. cod. lib.* 5. *tit.* 3. *def.* 6.

SECTIO III.

De poenis secundarum nuptiarum.

Instit. lib. 1. tit 10. *De nuptiis.*
Digest. lib. 23. tit. 2. *De ritu nuptiarum.*
Cod. lib. 5. tit. 9. *De secundis nuptiis.*

SUMMARIA.

Duplex genus poenarum hic est, praecipue contra mulieres: aliae contra binubas omnes: aliae contra nubentes intra annum luctus. §. 1045.

Gravius punitur mulier nimis festinato nubens, quam vir, ob periculum incertitudinis prolis. Communes utrique sunt, quae respiciunt favorem filiorum, non quae matrimonium attingunt. §. 1046.

Binubus peccat tripliciter, contra se ipsum, contra defunctum conjugem, et contra liberos prioris tori. §. 1047.

Contra se ipsum delinquit, quatenus videtur pudicitiam laedere, ethnicorum etiam judicio. Quare ecclesiasticis legibus bigami a sacris ordinibus repelluntur. §. 1048.

Peccat contra conjugem defunctum, cujus memoriae injuriam inferre videtur. In dubio de conjugis praedefuncti voluntate contra binubum respondendum est. §. 1049.

Peccat contra liberos, quorum negligit charitatem, et curam. Hinc proprietas bonorum, quae binubus habuit a priore conjuge, filiis reservatur. §. 1050.

Jure ecclesiastico sublatae sunt poenae secundarum nuptiarum, quae inter annum luctus contrahuntur, et filiorum favorem non respiciunt. §. 1051.

Sex sunt poenae intra annum luctus nubentium: infamia, prohibitio donandi, vel disponendi ultra tertiam partem bonorum favore secundi conjugis: privatio relictorum

ultima voluntate, amissio acquisitorum a primo conjuge, prohibitio vindicandi hereditates ultra secundum gradum: demum privatio omnium dignitatum, et jurium, quae honestioribus, et nobilibus personis competere possunt §. 1052.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

Enumeratae poenae potius odio binuborum constitutae sunt, excepta secunda, tertia et quarta, quae nova forma accepta contra secundas nuptias indistincte decretae fuerunt. §. 1053.

Ergo sublatae dici possunt poenae omnes nubentium intra annum luctus: ut tantum supersint poenae secundarum nuptiarum, quae favorem liberorum respiciunt. §. 1054.

Mulier non privatur legato relicto a priore viro sub ea conditione, si caste, et honeste viveret, quamvis ad tertias, vel ulteriores nuptias transeat. §. 1055.

Si nubat intra annum luctus, et filii extent, tum proprietate, tum usufructu privandam quidam putant, ex praesumpta viri voluntate. §. 1056.

Si non extent filii, distinguit Thesaurus: quae intra trimestre nubit, censet legato privandam. §. 1057.

Probabilius est, nulla habita ratione temporis proprietate privandam, si adsint filii, quam et habebit his deficientibus. §. 1058.

Poenae secundarum nuptiarum, quae continent filiorum favorem, quatuor sunt: privatio proprietatis eorum, quae ex substantia prioris conjugis acquisita sunt, prohibitio ultra filialem portionem relinquendi secundo conjugi, amissio tutelae, et privatio successionis filiorum prioris tori. §. 1059.

§. 1045.

Duplex poenarum genus, mulieribus praecipue secundo nubentibus, constitutae sunt a jure civili, quarum aliae eas omnes mulieres indistincte respiciunt, quae post prioris conjugis mortem ad alias nuptias convolant quocumque tempore: aliae, et quidem graviores adversus eas, quae ne expectato quidem luctus anno alteri matrimonio se copulaverint.

§. 1046.

Poenas has praecipue adversus mulieres nimis praepropere nubentes locum habere diximus; licet enim par sit ex Justiniani constitutionibus in hoc argumento viri, et mulieris conditio (1); gravius tamen videtur, delinquere, mulier festinato nubens ob periculum incertitudinis prolis. Quo fundamento, receptum esse in Senatu Pedemontano, refert Thesaurus, ut communes quidem sint viro, et mulieri poenae, quae respiciunt favorem liberorum, non vero illae, quae matrimonium ipsum attingunt (2).

(1) *L. Generaliter censemus 5. cod. hoc tit., Novel.* 2. *cap. Hoc autem* 2. §. 1., *Novel.* 22. *cap. Si vero expectet* 23.

(2) *T.* *quaest. forens. lib.* 1. *qu.* 29. *num.* 12. †.

§. 1047.

Cur autem civiles leges graviter puniendos judicaverint eos, qui post dissolutionem prioris conjugii ad aliud transeunt, plures, solent assignari caussae: scilicet quod videantur peccare contra se ipsos, contra defunctum conjugem, atque contra liberos, quos ex priore matrimonio susceperunt (1).

(1) *Novell.* 22. *cap. Si autem* 40.

§. 1048.

Peccant contra se ipsos; quia pudicitiam laedere videntur, et intemperantiae signum praebere, cum ulteriores nuptias quaerunt: quod quidem judicium etiam ethnicorum fuit, qui viduas uno contentas matrimonio corona pudicitiae ornabant (1): quo factum, ut ecclesiasticis sanctionibus bigami a sacris ordinibus arceantur (2); atque secundis nuptiis sacerdotalis benedictio denegetur (3): non sane quasi damnandae sint secundae nup-

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

tiae, sed quia minus perfectae reputantur; eum repraesentare amplius non possint unionem Christi cum ecclesia, quae fuit unius cum una.

(1) *Sicuti de Romanis tradit Valerius Maximus lib. 2. cap. 1.*

(2) *Tot. tit. extra de bigam. non ordinand.* (1. 21.)

(3) *Cap.* 1., *cap. Vir autem* 3. *extra de secund. nupt.* (4. 21.)

§. 1049.

2. Mulier binuba contra maritum delinquere videtur, quatenus illius memoriae injuriam quandam infert, et ad alia transvolans vota quodammodo indicat, se ipsi viventi infirma dilectione adhaesisse, eum post ejus obitum alterius amplexus expetit. Hinc infert Thesaurus, in dubiis quaestionibus, in quibus agatur de interpretanda voluntate mariti, contra uxorem binubam esse respondendum (1); quotidiana enim experientia demonstrat, longe liberaliores esse maritos erga uxores, quas superstites relinquunt, si novis nuptiis renuncient, quam si iis denuo se implicent.

(1) *Thes. quaest. forens. lib.* 1. *qu.* 28. *num.* 7.

§. 1050.

3. Demum injuriosa videtur filiis mater, quae alias nuptias appetendo ipsorum charitatem negligit, atque deserit curam (1); sicuti enim injuriosum videtur, et noxium esse solet filiis, novercam inducere, ita et novis maritis eorum res committere (2). Atque ob hanc praecipue injuriam inducta videtur poena, ex qua liberis primi matrimonii reservatur proprietas bonorum, quae binubus a priore conjuge habuit (3).

(1) *D. Novell.* 22. *cap. Si autem* 40.

(2) *Lex enim non solum contra tutores, sed etiam contra foeminas immoderatas, atque intemperantes prospexit minoribus, quae plerumque novis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicunt. L. Lex, quae tutores* 22. *cod. de administr. tutorum.* (5. 37.)

(3) *Ex l. Foeminae* 3., *l. Generaliter censemus* 5. *cod. hoc tit.*

§. 1051.

Verum, eum nuptiae secundae ab Apostolo permittantur (1), jure canonico poenae contra eas civilibus legibus praestitutae sublatae fuerunt (2), uti vulgo tradi solet; quamquam dissentiunt interpretes, utrum omnes omnino sublatae sint ex jure in foro recepto, an ea tantum, quibus nubentes intra annum luctus coercebantur, quae non odio secundarum nuptiarum, atque ad temperandam incontinentiam praescriptae videntur, sed potius favorem filiorum unice continent.

(1) *Epist. ad Corinth. cap.* 7.

(2) *Cap. Super illa quaestione* 4., *et cap.* 5. *extra de secundis nuptiis* (4. 21): *ubi tamen SS. Pontifices tantum loquuntur de poena infamiae contra mulieres intra annum luctus nubentes indicta.*

§. 1052.

Ut facilius elucescat veritas, juvat referre poenas omnes, quae tum adversus nubentes intra annum luctus singulariter constitutae sunt, tum quae generaliter decernuntur contra eos, qui secundas nuptias quaerunt. Primi generis poenae ad sex reduci possunt. Prima est poena infamiae. Altera est prohibitio binubo facta, ne vel donatione inter vivos, vel dispositione caussa mortis possit secundo conjugi, ultra tertiam partem bonorum suorum relinquere. 3. Binubus privatur omnibus hereditatibus, legatis, fideicommissis suprema voluntate datis, et mortis caussa donationibus, quae proveniunt ex bonis relictis a filiis, vel filiorum agnatis, aut ascendentibus. Quarta est amissio eorum omnium, quae prior maritus binubae conjugi reliquerit. Quinto: prohibetur mulier secundo nubens, hereditates ex latere venientes ab intestato, sive legitimas, sive honorarias ultra secundum gradum vindicare (1). Demum quod ex prima poena, videlicet infamiae, quodammodo sequitur, probrosis innsta notis honestioris, nobilisque personae decore, et jure privatur, uti loquuntur Imperatores (2).

(1) *L. 1. cod. hoc tit.*
(2) *L. Si qua ex foeminis 2. cod. hoc tit* — Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

§. 1053

Ex his poenis prima, quinta, et postrema potius odio secundarum nuptiarum inductae videntur: secunda autem, tertia, et quarta filiorum favorem respiciunt. Quaeque ideo, nova quadam accepta forma, contra binubos omnes postea costitutae sunt; ut ex dicendis elucescet.

§. 1054.

Ergo, cum omnes fateantur, jure canonico sublatas esse poenas secundarum nuptiarum, quae liberorum favorem non respiciunt, dici non inepte potest, poenas nuptiarum intra annum luctus omnes esse sublatas, quatenus gravius non punitur, qui ad secunda vota convolat intra annum luctus, quam qui postea; tantumque superesse eas, quae secundas nuptias generaliter respiciunt, quaeque favore potius liberorum ex priore matrimonio susceptorum constitutae sunt, quam odio secundarum nuptiarum (1): ne scilicet ea, quae prioris viri lege soluta est, videatur prohiberi, ne in domino nubat.

(1) *Fab. cod. de secund. nupt. lib. 5. tit. 5. def. 1., Thes. quaest. forens. lib. 1. quaest. 28. num. 5.*

§. 1055.

Quaeri hic potest, utrum mulier ob transitum ad secunda vota privetur legato, quod vir ipsi reliquerat, si caste, et honeste viveret. Hic non agitur de poena a lege imposita, sed de interpretanda mariti voluntate. Sunt qui distinguunt inter eam, quae secundas tantum nuptias contrahat, et alteram, quae ulterioribus nuptiis copuletur; itaut priori debeatur legatum, non alteri, quam vix, putant, dici posse castam, et honestam: cum portentosae vilitatis, atque abjectae pudicitiae mulier haec ab Imperatoribus appelletur (1). Verum, cum aeque permittantur ab Apostolo, atque ab ecclesiasticis legislatoribus ulteriores, ac secundae nuptiae, nihil est, quod officere possit mulieri, quae tertias quaerit nuptias, quasi minus casta, et honesta inde fiat.

(1) *L. His solis 7. cod. de revocand. donat.* (8. 56.)

§. 1056.

Distinguunt alii, utrum nubat intra annum luctus, et simul filii superstites sint, an filii non extent. Si nubat intra annum luctus, et filios habeat, eam censent tum proprietate, tum usufructu legati privandam, favore videlicet filiorum, et simul ex praesumpta testatoris voluntate, qui judicari non potest, volnisse, mulieri favere, quae tam cito curam negligit filiorum suorum, ex quo signum quoddam incontinentiae praebere videtur, unde mereatur, ex testatoris voluntate legatum amittere.

§. 1057.

Si autem filii non extent, sunt, qui putant, adhue distinguendum, utrum intra trimestre nubat, an postea. In prima specie legato privandam docent: quae assertio eo potest argumento firmari, quod castitatem laedere videatur mulier, quae prolem incertitudinis periculo exponit, itaut dubitari possit, quis ejus pater haberi debeat. In altera tum usumfructum, tum proprietatem legati concedunt: quia neque ullus sit filiorum favor, neque ullum esse videatur incontinentiae tam grave signum, ut deficere dicenda sit defuncti viri voluntas (1).

(1) *L. Foeminae 3. cod. hoc tit.*

§. 1058.

Verum cum hodie in foro receptissimum sit (§. 1054.), indistincte sublatas esse poenas nuptiarum intra annum luctus, consequens est, in hac specie, nulla habita temporis ratione, quo mulier nupserit, et proprietatem, et usumfructum legati habituram, si nulli sint filii: usumfructum autem dumtaxat, si filii extent, quibus proprietatem reservare tenetur. Quod uberius infra explicabimus.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit 9.

§. 1059.

Poenae secundarum nuptiarum, quae favore liberorum statutae sunt, et hactenus vigent, quatuor numerantur. Prima est privatio proprietatis, quam binubus servare tenetur filiis prioris matrimonii in iis bonis, quae a priore conjuge habuit. Secunda est prohibitio binubo facta, ne sive actu inter vivos, sive ultima voluntate plus relinquat secundo conjugi, quam uni ex liberis primi matrimonii, cui minimum relictum sit. Tertia est amissio tutelae. Quarto demum binubus repellitur a successione filiorum primi matrimonii. De hisce singillatim dicendum est, atque fusiori calamo; quippe gravissimae questiones in hac materia quotidie in foro occurrere solent.

ARTICULUS I.

De privatione proprietatis odio binubi conjugis.

SUMMARIUM.

Declarantur, quae in hoc articulo singillatim expendenda sunt. §. 1060.

§. 1060.

Cum de proprietatis ademptione odio binubi conjugis agitur, quatuor sunt, de quibus, nec sine fundamento, dubitari potest. 1. Quibus in bonis locum habeat haec poena. 2. Quorum favore contra binubum conjugem constituta sit. 3. Quibus in casibus vigeat, necne. 4. Demum, qui sint hujus poenae effectus. Singula haec perspicuitatis gratia seorsim expendemus.

Quaestio I.

Quibus in bonis locum habeat privatio proprietatis odio binubi conjugis

SUMMARIA.

Binubus eorum omnium, quae quomodocumque habuit ex substantia prioris conjugis, proprietatem amittit, retento usufructu. Poena haec virum etiam afficit. §. 1061.

Quoad bona habita a filiis prioris tori, idem jus est, si ab intestato pervenerint, non si testamento, vel donatione. §. 1062.

Solum etiam usumfructum parens binubus habet legitimae in bonis filiorum. §. 1063.

Binubus pleno jure acquirit, quae per mortem fratris ad alium pervenerunt, postea ad binubum. §. 1064.

Idem jus est de habitis aliunde, quamquam ab avo paterno per filii successionem. Lex haec poenalis est, non extendenda, ut priorem corrigat. §. 1065.

Nec hic locum habet fictio juris, qua nepos loco filii succedit. §. 1066.

Binubus quoque proprietatem habet bonorum, quae a parente praedefuncto liberi non quaesierunt, sed aliunde: puta ex reditibus, et fructibus bonorum paternorum. §. 1067.

In jure tantum attenditur, quod directe evenit, non quod per consequentiam. Demonstratur exemplo ejus, qui indignus est alicujus hereditate, potest tamen, succedere ejusdem heredi: tum et renunciatarii. §. 1068.

Amissio proprietatis non habet locum in bonis binubo relictis contemplatione prioris conjugis. §. 1069.

Quod mulier acquisivit constante matrimonio, ex bonis viri provenisse praesumitur, nisi aliud demonstretur. §. 1070.

Binubus pater non amittit usumfructum bonorum dotalium, quamvis adsint liberi, nisi ea dilapidet. §. 1071. Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

Consequenter nec amittit possessionem ad fruendum necessariam. Quare liberos convenire potest interdicto recuperandae possessionis. §. 1072.

Mulier binuba non habet proprietatem augmenti dotalis, si totius elegerit usumfructum. §. 1073.

Si autem dimidium in proprietate elegerit, adhuc eam amittit. §. 1074. *et* 1075.

Respondetur objectioni, quae ex consuetudine deducitur, quaeque ita semper interpretanda est, ut a scripto jure non recedat. §. 1076.

Damnum quidem sentit mulier, sed ex proprio facto. §. 1077.

Conclusio haec extenditur ad casum, quo augmentum matri concessum sit ea clausula, ut libere habeat, et de illo faciat, quidquid velit. §. 1078.

Idem obtinet in jocalibus, et caeteris, quae tempore sponsaliorum vir sponsae donavit. Secus si ab extraneo donata sint, quamvis viri contemplatione. §. 1079.

Justiniani sanctione contineri non videntur ea, quae mulier a marito habuit in remunerationem, vel ex contractu reciproco. §. 1080.

Ususfructus ex donatione ante nuptias, vel alia re a viro habita perceptus, nec consumptus, quum binuba decedit, ipsius est, nec liberis restituitur. §. 1081.

Si solus ususfructus conjugi legatus fuerit, olim statim amittebatur, nunc ex Justiniano retinetur, nisi testator aliter caverit. §. 1082.

Legati mulieri simpliciter relicti per secundas nuptias proprietas amittitur. §. 1083.

Affertur disparitas inter legatum, et usumfructum. §. 1084.

§. 1061.

Generalis regula est ab Imperatoribus constituta, binubum, qui ex priore matrimonio liberos superstites habet, eorum omnium, quae ex substantia prioris conjugis acquisivit, sive ex titulo sponsalitiae largitatis, sive pacti dotalis, sive mortis caussa donationis, sive institutionis, sive legati, aut demum ex quacumque liberalitate, proprietatem eo ipso amittere, quo secundas contrahit nuptias, atque usumfructum tantum retinere, quamdiu superstes fuerit (1); quam legem, prius tantum de foeminis conceptam, ad maritos, in quibus eadem viget ratio, protraxerunt Imperatores Teodosius, et Valentinianus (2): et merito quidem ita est constitum; etenim bona, quae conjux binubus a priore viro habuit, ab ejus liberis eripere, ut in alienas manus perveniant, iniquitatis quandam speciem habet.

(1) *Foeminae, quae susceptis ex priore matrimonio filiis ad secundas (post tempus luctui statutum), transierint nuptias, quidquid ex facultatibus priorum maritorum, sponsalium jure, quidquid etiam nuptiarum solemnitate perceperint, aut quidquid mortis caussa donationibus factis, aut testamento jure directo, aut fideicommissi, vel legati titulo, vel cujuslibet munificae liberalitatis praemio ex bonis (ut dictum est), priorum maritorum fuerint adsecutae, id totum ita, ut perceperint, integrum ad filios, quos ex praecedente conjugio habuerint, transmittant. L. Foeminae* 3. *cod. hoc tit., Thes. quaest. forens. lib.* 1. *qu.* 29. *num.* 1. *et seqq.*

(2) *L. Generaliter* 5. *cod. hoc tit.*

§. 1062.

Quod de bonis a marito habitis constititum fuerat, protractum est etiam ad bona, quae parens binubus acquisivisset ex successione filiorum, sive ab intestato, sive ex testamento (1). Verum Justinianus intactum tantum esse voluit antiquum jus quoad bona, quae ab intestato ad binubum parentem ex filiis proveniant; quia haec ab ipso patre profecta videntur. Quae vero per testamentariam dispositionem acquiruntur; cum non a patre, sed potius a filio haberi videantur, pleno proprietatis jure ad parentem

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

binubum pertinere, decrevit (2): quod intelligendum est de iis quoque bonis, quae actu inter vivos filius binubo parenti donaverit; quia et in his eadem militat ratio (3).

(1) *D. l.* 3. §. 1. *cod. hoc tit.*

(2) *Ex testamento quidem succedit mater liberis suis, quae convolavit ad secundas nuptias .... Ab intestato quoque vocatur, sive ante mortem filii, sive postea secundas ineat nuptias: sed ab intestato eorum solum usumfructum percipit, quae ex paterna substantia ad filium pervenerunt. Auth. l. Ex testamento* 3. *cod. hoc tit.*

(3) *Videlicet, quod a filio, non a patre profecta sint.*

§. 1063.

De legitima disputatur, quae in bonis praemortui filii parentibus debetur, utrum proprietas parenti binubo competat, an solus ususfructus. Usumfructum tantum concedendum suadet generalis Imperatorum constitutio (§. 1062.), qua in bonis per intestatam filiorum successionem quaesitis solus binubo parenti usus conceditur; legitima autem, cum sit portio portionis ab intestato debitae, non alio jure regi debet, quam ipsa totalis pars. Quare affirmandum, per novas memoratas constitutiones, non quidem sublatum esse jus, quo parentibus legitima debita sit in bonis filiorum, sed ad usumfructum restrictam, si ad secundas convolent nuptias.

§. 1064.

Idem jus, quod obtinet in bonis acquisitis ex dispositione filii, observandum quoque est in illis, quae per mortem unius fratris ad alium fratrem perveniunt, postea hoc defuncto matri acquiruntur; haec enim, non a patre, aut ejus successione, sed ex successione filii provenire videntur: quod sufficere debet; cum versemur in materia poenali, quae odiosa est.

§. 1065.

Eadem ratio facit, ut plena concedenda sit proprietas parenti binubo earum rerum, quae per intestatam filii successionem acquisierit, si filius ea non a patre habuerit, sed aliunde, quamvis ab avo paterno profecta sint (1); in his enim bonis jure quidem vetere aliud obtinebat, sed Justinianus hoc jus immutavit; quippe de bonis tantum paternis locutus est (2), nec, quod prius statuerat (3), immutare velle declaravit in hoc capite, sed potius intactum servari (4). Atque haec eo firmiora sunt, quod de lege poenali quaeratur, intra suos limites, quantum fieri potest, coercenda, nec ita interpretatione extendenda, ut priorem legem corrigat, nisi id expressum evidenter appareat. (§. 99. D.)

(1) *Avita quippe bona proprie paterna non sunt, si obviam verborum significationem inspiciamus, quae in rebus odiosis considerari debet.*

(2) *Sed quanta quidem ex paterna substantia ad filium pervenerunt, eorum solummodo habeat usum, ad secundas omnino, sive postea veniens nuptias. In residuis vero omnibus, quae aliunde erant filio praeter paternam successionem, veniat secundum vocationem nostram. D. Novel.* 22. *cap. Hinc nos alia* 46. §. *Si autem* 2.

(3) *Novel.* 2. *cap.* 3. *Ut nempe pleno jure binubus parens acquirat, quae ex testamento filii ad ipsum perveniunt.*

(4) *D. Novel.* 22. *cap.* 46. §. *Sed et in aliis* 3.

§. 1066.

Neque obest, nepotem succedere loco filii praemortui (ex quo sequi videtur, bona habita ab avo a patre habita videri); hoc enim nihil aliud significat, quam illius gradum repraesentare, et quidem juris civilis fictione, quae fictio, qua nepos filius immediatus censetur, extra casus a lege expressos non operatur (1).

(1) *Ne veritatis imago plus valeat, quam veritas ipsa contra aequitatem.*

§. 1067.

Quin et probabilius videtur, plenam proprietatem binubo conjugi dandam esse in illis bonis, quae a parente praedefuncto liberis prioris matrimonii quaesita non sunt: sed

potius vel liberorum occasione, aut praemortui conjugis, vel per aliam personam ab intestato filiis succedens comparavit: qualia sunt fructus, ac reditus praemortui parentis, ex quibus comparati sint fundi, vel aliae res; haec enim, cum parentis nunquam fuerint, ab ipso profecta nullatenus dici possunt; maxime in hac quaestione, ubi de poena tractatur; cum poenae potius interpretatione restringendae sint, atque emolliendae (1).

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

(1) *L. penult. ff. de poenis.* (48. 19.)

§. 1068.

Neque objiciatur, hos fructus, atque reditus paternos habendos esse, quatenus effectus bonorum sunt, qui a patre perveuerunt: effectus autem eidem juri subjici, cui subest caussa; nam in jure illud tantum attenditur, quod directe evenit, non quod indirecte, et per consequentiam tantum: veluti patet exemplo ejus, qui facto suo indignum se reddidit alicujus hereditate, et tamen succedit, qui ejus heres fuit, cujus ipse capere nequit hereditatem: licet hinc fiat, ut istius etiam bona consequatur (1): ut et ejus, qui renunciavit hereditati paternae, vel maternae, qui non ideo fraternae renunciasse intelligitur, licet huic paterna, vel materna, fratri ex aditione quaesita, inclusa sit (2).

(1) *L. Post legatum* 5. §. *Qui accusavit* 7., *et seqq.*, *l. Qui Titii* 7. *ff. de his, quae ut indignis.* (34. 9.)

(2) *Argum. Eorum, quae tradit Fab. def.* 15. *num.* 6. 7. *et* 8. *in corp. cod. hoc tit lib.* 5. *tit.* 5.

§. 1069.

Hinc sequitur, amissionem proprietatis non habere locum in iis bonis, quae mulieri binubae relicta fuerint contemplatione prioris mariti (1); licet enim dici soleat, parum interesse, utrum res ab aliquo profecta sit, an ab alio contemplatione istius (2); quia tamen haec potius obtinent ex juris fictione, quae in poenalibus locum habere non potest, nisi ex legis expressa definitione, injuria idcirco ad hoc argumentum protraherentur.

(1) *Fab. cod. hoc. tit. lib.* 5. *tit.* 5. *def.* 2.

(2) *Princ. inst. per quas personas cuique adquiritur* (2. 9.), *l. Profectitia* 5. §. *Quod si quis* 2. *ff. de jure dotium* (23. 3.), *l. Sed si plures* 10. §. *In adrogato* 6. *ff. de vulgari, et pupillari substitutione.* (28. 6.)

§. 1070.

Caeterum in hac materia juris praesumptio est, quodcumque mulier constante matrimonio acquisierit, non aliunde, sed ex bonis mariti comparatum fuisse, ad evitandam turpis quaestus suspicionem (1): quae tamen praesumptio contrariis probationibus elidi potest (2). Hinc, si acquisita a merito quacumque ratione deperdita fuerint, ex ipsius mulieris bonis erunt redintegranda (3).

(1) *L. Quintus Mucius* 51. *ff. de donation. inter virum, et uxor.* (24. 1.), *l. Etiamsi* 6. *cod. eod. tit.* (5. 16.)

(2) *Fab. cod. de probation. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 41.

(3) *L. Generaliter* 5. *cod. hoc tit.*

§. 1071.

Binubus conjux proprietatem amittit eorum, quae ab altero acquisivit, quam filiis reservare tenetur, sed non privatur pater usufructu bonorum dotalium, quamvis adsint liberi prioris matrimonii (1): nisi forte ea bona dilapidet; cum enim filius habeat eorum proprietatem, neque possit, ob reverentiam patri debitam, cautionem Mucianam a patre expostulare, quemadmodum ab aliis fructuariis petitur (2), ut filio salva sit proprietas, officio judicis ex aequitate ususfructus a patre aufertur ad filium perventurus (3).

(1) *L. Generaliter* 5. *cod. hoc tit.*, *Novel.* 22. *cap. Quoniam omnino* 34., *Thes. quaest. forens. lib.* 4. *quaest.* 59. *num.* 1. †

(2) *L. Cum oportet* 6. §. *Non autem* 2., *l. ult* §. *Sin autem aes alienum* 4. *vers. Hoc procul dubio in fine cod. de bonis, quae liberis.* (6. 61.)

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

(3) *Thes. d. quaest. 59. num. 2. et 3. Quod si dos in pecunia consisteret, cogeretur pater ad eam implicandam.*

§. 1072.

Sicut autem bonorum a praemortuo conjuge acceptorum non amittitur ususfructus, ita nec amittitur possessio, quae ad utendum, fruendum necessaria est (1). Quare, si liberi ex priore matrimonio suscepti eam possessionem propria auctoritate occupaverint, tenebuntur interdicto recuperandae possessionis, atque etiam canone pontificio in eam rem comparato (2).

(1) *L. Naturaliter 12. ff. de acquir. possess. (41. 2.)*

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib. 5. tit. 5. def. 7.*

§. 1073.

De rebus hactenus enumeratis satis consentiunt interpretes: sed quaedam sunt, de quibus dubitari potest, an eodem jure regantur. Et primo se se offert liberalitas illa, quam in dotis constitutione maritus erga mulierem exercuit, atque nos augmentum dotale vocamus. Si totius augmenti usumfructum mulier elegerit, nemini dubium, quin proprietas filiorum sit; illius enim proprietatem haberent, quamvis vidua decederet.

§. 1074.

Difficilior solutu videtur quaestio, cum mulier non totius augmenti usumfructum, sed dimidii proprietatem, prout ex recepta consuetudine in arbitrio mulieris est, elegerit. Matri favere videtur duplex ratio. Prima est, quia partem hanc virtute potius consuetudinis nanciscitur, quam ex defuncti mariti voluntate. Altera inde deducitur, quod grave damnum sustineret mulier, quae cum potuisset totius augmenti usumfructum habere, per secundas nuptias parte dimidia privaretur.

§. 1075.

Verum hisce non obstantibus contra matrem respondendum esse censuit Senatus; quia quacumque ratione mulieri acquiratur dotale augmentum, certum est ex bonis mariti provenire, adeoque generalibus juris civilis sanctionibus subjici debere, nisi specialiter jure, vel consuetudine ab his regulis eximatur. (1).

(1) *Thes. d. quaest. 29. lib. 1. num. 5., juncto num. 7.* †

§. 1076.

Hinc solvitur argumentum, quod ex consuetudine desumitur; illa enim proprietatem quidem augmenti mulieri addicit, si ipsa dimidium elegerit: sed non explicat, utrum per posterius matrimonium amittatur, necne. Cum ergo ita semper intelligenda sit consuetudo, ut quam minimum fieri potest, a scripto jure recedat (§. 396.), ad mulierem quidem pertinere proprietatem, dicimus quae tamen amitti possit per ipsius factum. Quod contrarium non est generalibus juris regulis; ut patet exemplo possessoris bonae fidei, qui dominium, et proprietatem acquirit fructuum perceptorum, eos tamen cessante bona fide, si adhuc extent, vero domino restituere cogitur (1).

(1) §. *Si quis a non domino 35. inst. de rerum divis. (2. 1.), l. Certum est 22. cod. de rei vindic. (3. 32.)*

§. 1077.

Neque majorem vim habet, quod de mulieris damno objicitur: nam queri non potest mulier de damno, quod culpa, vel saltem facto suo sentit (1). Liberum sane ipsi erat, post conjugis mortem totius augmenti usumfructum habere; sed, si ita elegisset, ne partis quidem proprietas ad eam pertinere poterat. Maluit, dimidii proprietatem comparare, a secundis nuptiis abstineat, si eam retinere velit: si autem aliud appetit conjugium, sibimet imputet, cum ex aequissima legum sanctione simul conciliari nequeant secundae nuptiae, et proprietas eorum, quae a praemortuo conjuge habita sunt (2).

(1) *L. Quod quis ex culpa 203. ff. de reg. jur.*

(2) *D. l. Foeminae 3., et l. Generaliter 5. cod. hoc tit.*

§. 1078.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

Quin et placuit Senatui, conclusionem hanc ad eum casum extendere, quo filii hujusmodi lucrum ea conditione matri concesserint, et clausula, ut libere haberet, et de illo faceret, quidquid vellet; quamvis enim major in hac specie facultas concessa videri possit; quia tamen verba in dubio semper interpretanda sunt, ut juri communi conveniant, non ut ab eo dissentiant (1), liberam hanc disponendi facultatem ad eum casum jure restringimus, quo mulier a secundis nuptiis abstineat (2).

(1) *L. Si quando talis* 35. *cod. de inof. testam.* (3. 28.)
(2) *Thes. d. quaest.* 59. *lib.* 1. *num.* 7. †

§. 1079.

Quod de augmento traditum, idem et in jocalibus obtinet, et reliquis omnibus, quae sponsaliorum tempore mulieri donata sint ab ipso marito (1). Si autem ab extraneo, etiam mariti contemplatione, donata fuerint, pleno jure ad binubam mulierem pertinebunt. Fictione quidem juris videtur ab eo res profecta, cujus contemplatione ad mulierem pervenit; fictio tamen haec non debet habere locum in materia poenali (§. 1069.); maxime quia Justinianus, eam excludere videtur, constituens, ut dotis quidem, et donationis ante nuptias usumfructum tantum mulier binuba habeat, quamvis a propinquis, vel etiam ab extraneis utraque data sit: de aliis vero largitatibus, quae jocalium nomine contineri possunt, simile jus non praescripsit: quo aperte satis indicavit, aliud esse observandum (2).

(1) *D. Novel.* 22. *cap. Si vero expectet* 23., *Thes. d. quaest.* 59. *lib.* 1. *num.* 4.
(2) *D. Novel.* 22. *cap.* 23.

§. 1080.

An autem ea, quae in remunerationem a marito mulier habuit, eorum scilicet, quae ipsa prius illi donavit, vel ex contractu reciproco comparavit, Justinianea constitutione comprehendantur, neque conveniunt interpretes. Eas minime contineri, censet Thesaurus (1); quia Imperator de largitatibus tantum loquitur (2), adeoque de proprie dicta donatione, qualis non est remuneratoria (3); nec talis haberi potest, praesertim cum de poena quaestio est.

(1) *D. quaest.* 59. *num* 4. *lib.* 1.
(2) *D. cap.* 23. *Novel.* 22.
(3) *L. Hoc jure* 19. §. 1., *l. Aquilius* 27. *ff. de donat.* (39. 5.)

§. 1081.

Disputant quoque interpretes, an ususfructus ex donatione ante nuptias, vel alia re a marito habita perceptus, nec consumptus tempore, quo mulier binuba decedit, primis mariti liberis restituendus sit. Verum, cum hujusmodi ususfructus sit lucrum uxoris proprium, nulla ratio est, cur restitui debeat; ut vel ex eo patet, quod mulieri ususfructus hic a lege ita datur, ut neque per expressam testatoris voluntatem possit auferri (1).

(1) *Sed ususfructus in dote, sive ante nuptias donatione lege permissus non potest a testatore derogari. Auth. Hoc locum cod. si secundo nupserit mulier* (5. 10.), *d. Novel.* 22. *cap.* 33.

§. 1082.

Cum solus ususfructus conjugi legatus fuerat, olim per secundas nuptias statim amittebatur: imo, si aliqui impuberes filii fuissent, etiam medii temporis fructus restituendi erant (1), quod Justiniano displicuit, atque idcirco statuit, ut ususfructus, sive inter vivos liberaliter datus, sive alio modo relictus conjugis sit, qui ad secundas veniat nuptias; nisi ille, qui donationem fecit, vel testamento reliquit, expresse statuerit, ut per secundas nuptias amittat, atque ad suam proprietatem reverti debeat (2).

(1) *L. unica cod. Si secundo nupserit mulier.* (5. 10.)
(2) *D. Novel.* 22 *cap. Si vero* 32.

§. 1083.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

Quod pertinet ad legatum mulieri relictum, an nempe eo casu, quo simpliciter factum sit, mulier proprietatem ejus non amittat, si ad secundas transeat nuptias. Quibusdam videtur affirmandum, exemplo ususfructus mulieri relicti. Aliud tamen placuit Senatui (1); ea fortasse ratione, quod, quidquid generalibus legibus (2) non est specialiter exceptum, iisdem contineri sit affirmandum, maxime ubi ratio, et sententia legis assistit: ut in hac specie, qua et agitur de bonis ex viri munificentia mulieri quaesitis (§. 1061.).

(1) *Thes. d. quaest.* 29. *lib.* 1. *num.* 2. † *Nec mulieri prodesse potest, quod vir legatum ipsi reliquerit in plenam proprietatem, et liberum arbitrium; utpote quia verba haec, quae nihil aliud sunt, quam expressio ejus, quod legato inest, tacitam habent conditionem, si mulier a secundis nuptiis abstineat.*

(2) *D. l. Foeminae* 3., *d. l. Generaliter* 5. *cod. hoc tit. De legato mulieri relicto, si caste et honeste viveret, diximus supra* §. 1055., *et tribus seqq.*

§. 1084.

Neque nocet exemplum ususfructus, qui conjugi binubo non aufertur, nisi ita praedefunctus caverit; leges enim prospicere quidem voluerunt filiis primi matrimonii, non tamen cum omnimodo dispendio binubi conjugis, qui omni relicto careret, si privaretur usufructu, eo etiam casu, quo nonnisi hoc emolumentum relictum est: quae ratio locum non habet in legato, de quo disputamus; cum adhuc binubo incolumes sint ejus fructus, quamvis proprietatem filiis reservandam dicamus.

Quaestio II.

Quorum favorem respiciat privatio proprietatis odio binubi conjugis.

SUMMARIA.

Quatuor sunt personarum genera, quibus, dubitari potest, an profit reservatio proprietatis. §. 1085.

Filii non repelluntur a successione proprietatis, quamvis patri heredes non fuerint: nisi tamen ingrati sint. §. 1086.

Fictione juris tantum bona habita a priore conjuge ipsius censentur, reapse vero postremo decedentis sunt, qui proprietatem habuit, eamque per secundas nuptias amisit: imo potius per legis dispositionem, quam per successionem acquiruntur. §. 1087.

Hinc filia, quae post secundas matris nuptias renunciavit bonis paternis, et maternis, non ideo videtur, renunciasse dominio sibi quaesito in bonis, quorum proprietatem jam amiserat mater. §. 1088.

Si renunciatio haec praecesserit secundas matris nuptias, nec filiae officiet. Filia de his non cogitasse censetur. §. 1089.

Generali tamen renunciatione bona haec continentur, si filia juribus omnibus ad bona paterna, et materna competentibus renunciaverit, modo mater jam secundo nupsisset. §. 1090.

Exceptio est, cum nulla sunt argumenta, quibus innitatur extensiva haec renunciationis interpretatio: puta si filia nihil acceperit, quod correspondeat bonis renunciatis. §. 1091.

Filiae per statutum, vel consuetudinem a successione exclusae admittuntur ad hoc lucrum. §. 1092.

Reservatio proprietatis etiam prodest nepotibus quodam jure repraesentationis. §. 1093.

Quid de heredibus liberorum? Si filii vivo parente binubo moriantur, eorum heredes persequi nequeunt hanc poenam. §. 1094. Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

Si binubus parens liberis praemoriatur, horum heredibus salva est persecutio; nisi praescriptione repellantur. §. 1095.

§. 1085.

Personarum, de quibus quaeri potest, utrum ipsarum favore leges binubo conjugi proprietatem bonorum adimant, quatuor sunt species: scilicet filii, qui patri heredes non extiterint, sive quia non instituti a patre, sive quia delatam testamento, vel legitima successione hereditatem repudiaverint: 2. Filiae, quae paternis, et maternis bonis renunciaverint, vel exclusae sint a successione in vim statuti: 3. Nepotes patri superstites. 4. Demum heredes filiorum.

§. 1086.

Quoad filios, sive in potestate constitutos, sive emancipatos (1), unanimis est omnium sententia, non ideo repellendos esse ab hac proprietatis successione, quod patri heredes non extiterint (2): nisi tamen ingrati fuerint, et ob id meruerint, a parentibus exheredari, et caussae exheredationis sint demonstratae (3). Quod summa aequitate constituit Justinianus, ne aliter liberis impune licentia sit, parentes injuriis afficiendi (4).

(1) *Novell.* 22. *cap.* 1. *versic. Et haec communis*, *et cap.* 24.

(2) *D. l. Generaliter* 5. §. 1. *in fine cod. hoc tit.*, *Thes. dict. quaest.* 29. *lib.* 1. *num.* 13.

(3) *Hae res lucro cedunt liberis, licet heredes non sint patris, aut matris, aut utriusque: nisi fuerint ingrati, et probetur ingratitudo. Auth. Hae res cod. hoc tit.*

(4) *Novel.* 22. *cap. Quoniam autem* 26. §. 1., *arg. l. Cum apertissime* 10. *cod. hoc tit.*

§. 1087.

Ratio autem, cur succedant filii in proprietate bonorum, quae binubus superstes parens habuit a praedefuncto, quamvis parenti primo morienti heredes non fuerint, atque proprietas haec potius videatur per successionem primo defuncti parentis delata, haec afferri potest, quod fictione juris tantum bona haec a praemortuo parente veniunt, re ipsa vero ab ultimo decedente, qui eorum proprietatem primum habuit, eamque dumtaxat per secundas nuptias amisit. Quare illa juris fictio tanti esse non debet, ut filiis noceat: imo, si proprie loquamur, bona haec non per successionem comparantur, sed eorum dominium a lege addicitur, sicuti in aliis casibus, veluti in usucapione contingit; ut ex eo patet, quod ipso jure proprietas bonorum per secundas parentis nuptias primi matrimonii liberis acquiratur (1).

(1) *Singularum rerum dominia nobis adquiruntur mancipatione, traditione, usucapione, in jure cessione, adjudicatione. Ulp. in fragment. tit.* 19. §. 2., *Fab. cod. hoc tit. lib.* 5. *tit.* 5. *def.* 15. *num.* 7. *in allegation.*

§. 1088.

Hinc colligit Faber, filiam, quae, post matris transitum ad secundas nuptias, renunciavit bonis paternis, et maternis, non ideo videri, renunciasse dominio sibi quaesito in bonis, quae ad matrem pervenerunt titulo sponsalitiae largitatis, vel augmenti dotalis, et quorum proprietatem jam amiserat mater per secundas nuptias; quia omnis renunciatio stricti juris est, et odiosa, nec in eam venit, nisi quod verbis expressum est (1): bona autem haec proprie neque paterna sunt, neque materna, sed ipsius filiae, cui lex ea adjudicavit (2).

(1) *L. Quidquid adstringendae* 99. *ff. de verb. obligat.* (45. 1.)

(2) *Fab. d. def.* 15. *num.* 6. *et seqq. in corpore. Thes. d. quaest.* 29. *lib.* 1. *num.* 13. *Neque hanc Fabri sententiam abrogavit lex Regia lib.* 5. *tit.* 15. §. 2., *in qua*

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

traditur, renunciationes generalibus verbis conceptas omnia cujuscumque generis jura paterna, materna, fraterna comprehendere: 1. Quia bona haec proprie nec materna, nec paterna sunt, nec per successionem comparantur, sed vi solius legis (§. 1087.): *2. Quia Regia Constitutio de hisce bonis speciatim non meminit. Certissima autem juris regula est ab omnibus probata, generalem legem non derogare speciali, nisi ita expressum sit* (§. 127.): *maxime ubi de legibus municipalibus agitur, quae ita semper interpretandae sunt, ut, quam minus fieri potest, a jure communi recedant.* (§. 145. *D.*)

§. 1089.

Quod si renunciatio haec ante secundas matris nuptias facta fuerit, non ideo filiae in hisce bonis officiet; tum ob jam allatas rationes; tum quia filia non censetur, de his bonis cogitasse, utpote cum jus in ea adhuc quaesitum filiae non esset, tantumque ex post facto per culpam matris, et legis dispositionem comparaverit. Regula autem generalis est, renunciationes ad incogitata nunquam referri (1).

(1) *L. Cum Aquiliana* 5., *l. Qui cum tutoribus* 9. §. *ult. ff. de transactionibus* (2. 15.), *Fab. d. def.* 15. *num.* 9. *et* 10.

§. 1090.

Uno tamen casu fieri posse, censet idem Faber, ut generali renunciatione bona haec comprehendantur; si nempe filia, non simpliciter bonis omnibus paternis, et maternis renunciaverit, sed juribus omnibus ad bona paterna, et materna competentibus, dummodo tamen proprietas per secundas matris nuptias jam sit acquisita: atque eo probat argumento, quod jus hoc, licet proprie neque paternum sit, neque maternum, ad paterna tamen bona refertur (1).

(1) *Fab d. def.* 15. *num.* 10. *in corpore.*

§. 1091.

Sed et huic casui exceptionem admittit in ea specie, qua desint argumenta, quibus innitatur extensiva haec renunciationis interpretatio: puta si quod a matre accedit filiae pro juribus competentibus, vel quavis ratione competituris, eam solum acceperit portionem, quae correspondet legitimae, aut aliis juribus hereditariis; tunc enim renunciatio, utpote sine caussa, et nullo accepto, corrueret; unde oriretur exceptio doli mali adversus eum, qui renunciatione niteretur (1): vel laeso danda esset in integrum restitutio ex aequitate (2). Quare, ut inutiles circuitus vitentur, satius erit, ex eadem aequitate ita renunciationem interpretari, ne ad haec bona extendatur (3).

(1) *L. Palam est* 2. §. *Circa primam* 3 *ff. de doli mal., et metus except.* (44. 4)
(2) *L.* 1. *ff. de in integrum restitutionibus.* (4. 1.)
(3) *Argum. l. ult. cod. in quibus caussis non est necessaria in integrum restitutio. Fab d. def.* 15. *num.* 11. *et seqq. V. infra* §. 1115.

§. 1092.

Quod pertinet ad filias in iis locis commorantes, in quibus consuetudine, vel statuto a successione tum patris, tum matris repelluntur, filiorum, et agnationis favore, dummodo congrua ipsis dos fuerit assignata; cum hic, si stricte loqui velimus, prout aequitas postulat, quia in exclusione versamur, quae odiosa est, non tam agatur de dominio per successionem acquirendo, sed potius de dominio, quod lex ipsa vi sua addicit (§. 1087.), merito traditum, filiabus quoque prodesse proprietatis amissionem; quamvis per statutum ad agnationis conservationem utraque priventur successione (1).

(1) *Thes. quaest. forens. l.* 1. *qu.* 29. *num.* 13.

§. 1093.

Caeterum, quod filiorum favore leges hic constituerunt, ad nepotes quoque protraxit Justinianus, et caeteros descendentes, itaut etiam hi repraesentationis quodam jure veniant ad proprietatem bonorum superstiti binubo ademptam. Unde fiet, ut eam accepturi sint partem, quam habuisset eorum pater, si vixisset (1).

(1) *Et hoc ex aequo percipiant ipsi quidem superstites: cum eis autem, et defuncti filii genitoris accipientes partem. D. Novell. 22. cap. Quoniam 26. §. 1. in medio, argum. l. Cum apertissime 10. versic. Quam observationem cod. hoc tit., Thes. d. quaest. 29. lib. 1. num. 14.* Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9

§. 1094.

Sed quid dicendum de heredibus liberorum primi tori? Poterunt ne poenam banc ex defuneti filii persona persequi? Sane si filii vivo parente binubo in fata concedant, eorum herediLus salva non erit poenae hujus perseeutio; cum poena ei eonditioni a legibus alligata sit, si liberi parenti binubo superstites fuerint (1).

(1) *D. Novell. 22. cap. Quoniam 26. versic. Qua propter etiam, d. l. Generaliter* 5. *in medio cod. hoc tit.*

§. 1095.

Si autem binubus parens liberis praemoriatur prioris tori, dubium esse non potest, quin jus proprietatis filiis jam quaesitum in heredes transeat, atque ita vindicandi res alienatas facultatem habeant; nisi legitima praescriptione repellantur (1), secundum generales juris regulas, ex quibus defuneti omnia jura transeunt in heredes.

(1) *Vindicabunt enim ea omnino filii, heredesque eorum, et successores; ab heredibus illorum, et successoribus non aliter excludendi, nisi tricennale transeat tempus, et detentatio dominos accipientes constituat: incipiente filiis tempore currere, ex quo suae potestatis apparuerint existentes, aut facti, nisi tamen aliqua impubes aetas adjuvet adhuc. D. Novell. 22. cap. Sed quod sancitum est 24.*

Quaestio III.

Quibus in casibus locum habeat privatio proprietatis odio binubi conjugis.

SUMMARIA.

Quinque sunt species, de quibus quaeri potest, utrum poena haec locum habeat. §. 1096.

An ex consensu a praemortuo conjuge, vel superstitibus liberis praestito nuptiis vitetur haec poena, diversae sunt interpretum sententiae. §. 1097.

Qui negant, consensum conjugis poenam tollere, probant, quod poena haec inducta sit filiorum favore. §. 1098.

Hinc colligunt, ne expressa quidem voluntate posse praemorientem conjugem, superstiti secundo nubenti poenam hanc remittere. §. 1099.

Quod pertinet ad consensum filiorum, dicunt non ita interpretandum, ut ipsis noceat; quia actus agentium non operantur ultra ipsorum voluntatem. §. 1100.

Consentiendo parentis nuptiis remittunt quidem injuriam, non autem lucrum a lege datum dimittunt. §. 1101.

Addunt, consensum filiorum necessarium esse, ex quo, proinde non liceat, argumentari. §. 1102.

Qui putant, ex consensu conjugis praedefuncti vitari poenam, probant; quia leges hic fundantur in praesumpta testatoris voluntate. §. 1103.

Addunt, libera esse debere matrimonia: et poenas, quantum fieri potest, minuendas esse. § 1104.

Consensu autem filiorum poenam remitti contendunt; quia ex eo remittitur injuria, hujus poenae caussa. §. 1105.

Qui contra sentiunt, iniquum dicunt, injuriam duobus factam ab uno remitti, ut alium spoliet beneficio a lege concesso. §. 1106.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

Distinguendum hic cum Thesauro, an agatur de bonis libere relictis ab uno conjuge, an non. §. 1107.

Si de primis agatur, binubus ex consensu praedefuncti conjugis proprietatem retinet. §. 1108.

Nec requiritur consensus expressus, sed sufficit tacitus; quia non agitur de nova concessione proprietatis, sed tantum de elidendo legis vinculo ex praesumpta viri voluntate. §. 1109.

Ut tacitus conjugis praedefuncti consensus eruatur, singula disponentis verba, et personarum adjuncta perpendenda sunt. Cavendum, ne filiis temere noceatur. §. 1110.

Sed et cavendum, ne plus aequo liberis faveatur. Hinc definitum, satis constare de conjugis consensu, si in unius nummi legato licentia data sit. § 1111.

Si agatur de bonis, quae ad superstitem conjugem ex legis sanctione perveniunt, ipso autem ad alteras nuptias convolante ad filios pertinent ex legis praescripto, pater remittere non potest poenam. §. 1112.

Consensus a tutoribus praestitus nuptiis parentis filiis non nocet. §. 1113.

Nec nocet Principis consensus: qui jus alterius laedere velle non creditur. §. 1114.

Consensus tacitus filiorum ex Thesauro non sufficit. Aliud tamen placuisse videtur Senatui Sabaudo. Quid si filii favore binubi parentis alterius bonis renunciaverint? §. 1115.

Cum plures sunt filii, omnium omnino consensus requiritur. §. 1116.

Poena haec solo matrimonio rato committitur. §. 1117.

Secus si matrimonium irritum sit, quamvis consummatum. §. 1118.

Si nulli liberi ex priore conjugio habiti sint, huic poenae locus non est. §. 1119.

Si autem liberi binubo parenti praemoriantur, eo ipso poena cessat, et proprietas ad binubum redit. §. 1120.

Perpetuum quidem acquiritur filiis dominium, sed quod cessante caussa acquisitionis revocabile sit. §. 1121.

Non cessat haec poena, licet binubus parens ad viduitatem redigatur. §. 1122.

§. 1096.

Expendimus, quibus in bonis locum habeat proprietatis reservatio, et quorum favorem respiciat, inquirendum nunc est, quibus in casibus jus hoc obtineat, vel cesset. Atque quinque sunt species, de quibus dubitari potest. Prima est, quando vel praemortuus conjux, vel prioris matrimonii liberi secundis nuptiis consentiunt. Altera, cum matrimonium ratum est, non consummatum. 3. Cum matrimonium est nullum. 4. Cum filii parentibus binubis praemoriuntur. 5. Vel binubus parens ad viduitatem redigitur.

§. 1097.

Quod pertinet ad primam quaestionem, utrum ex consensu a praedefuncto conjuge, vel superstitibus liberis praestito nuptiis poena haec evitetur, in diversas abeunt sententias interpretes. Alii indistincte negant, alii quoad filiorum consensum distinguunt. Alii generaliter volunt, sufficere quemcumque consensum conjugis, vel liberorum, sive expressus sit, sive tacitus.

§. 1098.

Qui negant, conjugis consensum secundis nuptiis superstitis alterius conjugis praestitum eum immunem facere a poena, hoc probant argumento; quod poena haec inducta sit filiorum favore, non parentis praedefuncti: ut ex eo constat, quod amissio proprietatis tota cedat in gratiam liberorum, aequitas autem non patiatur, ut quis auferat jus alteri a lege datum.

§. 1099.

Hinc colligunt, ne expressa quidem voluntate posse praemorientem conjugem, super-

stiti secundo nubenti poenam hanc remittere: atque potiori ratione inferunt, perperam censeri remissam ex consensu praestito secundis conjugis nuptiis; quippe consentiendo tantum ignoscit injuriam, quae ipsius memoriae fit: haec autem indulgentia interpretatione produci non debet in filiorum dispendium.

Inst. l. 2. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

§. 1100.

Consensum vero filiorum, parentis conjugio praestitum, ad remissionem poenae non sufficere, facilius probari contendunt; nam, inquiunt, actus agentium non debent, operari ultra ipsorum voluntatem, et intentionem, maxime ubi extensio noxia agenti esset; nemo enim sibi nocere velle praesumendus est, nisi vel expresse, vel tacite saltem declaret: tacite inquam, si illud velit, quod cum alio connexum sit, unde damnum sustinet. Hic autem nibil est, ex quo tacita filiorum mens erui possit, qua sibimetipsis nocere velint.

§. 1101.

Neque objiciatur, ex consensu a filiis praestito nuptiis injuriam remissam videri, quae ipsis fit, adeoque et poenam; duae siquidem res sunt, injuriam remittere, quam parens per secundas nuptias filio infert, cujus curam deserit, imo et charitatem laedit, cum vitricum, vel novercam superinducit: et lucrum dimittere, quod ab ipsa lege conceditur, non tam, ut puniatur binubus parens, quam ut prioris matrimonii filiis prospiciatur; ne priventur bonis a parente profectis, ut alii ditentur, qui omnino extranei sunt.

§. 1102.

Addunt, ex actu necessario nullum elici posse ulterioris voluntatis argumentum; consensus autem filiorum parentis nuptiis praestitus necessarius recte dicitur, quatenus nuptias impedire non possent, quamvis omnino contradicerent; maxime cum receptum sit in jure, neminem sibi nocere actui consentiendo, vel etiam confirmando, qui necessariam non habet connexionem cum alio, ex quo damnum sequitur (1).

(1) *L. Gajus Sejus* 39. *ff. de pignerat. act.* (13. 7.)

§. 1103.

Qui putant, ex consensu praedefuncti conjugis praestito secundis nuptiis cessare poenam, quae in amissione proprietatis consistit, eo praecipue nituntur argumento, quod leges amissionem proprietatis decernentes fundentur in praesumpta testatoris voluntate, qui non praesumitur, superstiti conjugi liberam disponendi facultatem concedere de bonis, quae ipsi reliquit, eo casu, quo ad secundas convolet nuptias, ne liberos hinc damnum sentire contingat: cum autem nuptiis consentit, cessare videtur, inquiunt, praesumptio haec; maxime quia, si proprietate privatum voluisset binubum conjugem, expressisset, proprietatem in usumfructum convertendam fore.

§. 1104.

Praecipuum hoc est, dixi, eorum argumentum; nam et alia proferunt, quae ex caussa matrimonii deducunt, quod liberum cuique esse, reipublicae interest (1). Atque ex poenarum indole, quas minui, et tolli aequitas suadet, indiciis etiam, et conjecturis (2).

(1) *L. Si patre cogente* 22. *ff. hoc tit.*, *l. Hoc modo* 64 *ff. de condition.*, *et demonstrat.* (35. 1.), *tot. tit. cod. De indicta viduitate tollenda.* (6. 40.)

(2) *Argum. l. pen. ff. de poenis.* (48. 19.)

§. 1105.

Quod pertinet ad consensum filiorum secundo parentis conjugio datum, probant, poenas remittere; quia poena haec inducta sit in coercitionem injuriae, quae liberis infertur: cum autem injuria remittitur, deficit culpa, adeoque, inquiunt, cessare debet poena, quae culpae effectus est.

§. 1106.

Postrema haec sententia magis communiter recepta est; peccare tamen in eo clamant, qui contra sentiunt, quod injuriam duobus factam, idest tum parenti praedefuncto, tum

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

liberis primi conjugii, ab uno ita remitti posse constituat, puta a parente, ut alteri noceat, filiis nempe, quamvis penitus inviti, et reluctantes sint: et tantam vim habeat unius remissio, ut alium spoliet beneficio, ex summa aequitate a legibus concesso. Huic tamen argumento responderi posset, hoc fieri vi patriae potestatis (1).

(1) *L. Sed si unius* 17. §. *Ait praetor* 10. *cum duobus seqq. ff. de injur.* (47. 10.)

§. 1107.

In hac opinionum discrepantia veritati magis consentanea videtur Thesauri doctrina a Senatu comprobata, qua distinguendum tradit, utrum quaeratur de bonis ab uno conjuge relictis ex propria sua substantia, libere, et sine ullo onere: an vero disputetur de bonis, quae conjugi superstiti per successionem filiorum acquiri possunt, vel ex legis praescripto perveniunt, ut in donatione propter nuptias, vel dote contingit (1).

(1) *Thes. quaest. forens. lib.* 1. *qu.* 30. *num.* 4. †

§. 1108.

In prima igitur specie nihil oberit, quominus ex conjugis praedefuncti consensu superstes retineat proprietatem, quamvis ad secundas transeat nuptias; agitur enim de re testatoris propria, nec proinde denegandum ei est, ut possit dicere, quam malit legem (1). Atque sententia haec confirmari potest ex iis, quae Justinianus constituit de usufructu conjugi per alterum libere, atque ex largitate relicto, quem non amitti constituit per secundas nuptias, nisi ita expresse fuerit cautum (§. 1082.).

(1) *D. Novel.* 22. *cap. Si vero solum* 32.

§. 1109.

Hic autem non requiritur, ut consensus expressus sit, aut testibus probetur, sed sufficit, tacitum deduci etiam ex probationibus testamento extrinsecis; quia non agitur de nova proprietatis concessione, sed tantum de elidendo legis vinculo ex praesumptione, quod vir in casum secundarum nuptiarum non fuisset relicturus; nam declaratio conjugis praemortui nihil dat, sed datum significat: neque aliquid de novo inducit, sed tantum aperit, et demonstrat perseverantiam ejus, quod jam inerat (1).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 5. *tit.* 5. *def.* 5.

§. 1110.

Qua ratione eliciatur tacitus praedefuncti conjugis consensus, non una tradi potest generalis regula, quae omnibus, et singulis casibus apta sit. Perpendenda ergo erunt attente verba disponentis, et singula personarum adjuncta; et cavendum, ne parum firma interpretatione, nimis facile inducatur in liberorum dispendium. Sane consensus viri ulterioribus nuptiis satis non eruitur ex eo, quod reliquerit superstiti conjugi plenam bonorum proprietatem, et liberum arbitrium (1); haec enim congrue explicari possunt, et obtinere in ea specie, qua superstes conjux ab ulterioribus nuptiis abstineat.

(1) *Plena enim proprietas ab ejus libero arbitrio pendet, qui potest a secundis nuptiis abstinere.*

§. 1111.

Sed et cavendum, ne plus aequo liberis faveatur contra binubum parentem. Hinc placuit Sabaudo Senatui, satis constare de conjugis consensu, ut bonorum omnium, quae ex ipsius liberalitate ad superstitem pervenerant quocumque titulo, proprietas retineri posset; quia uxori legaverat quingenta sive vidua maneret, sive iterum nuberet; itaut secundarum nuptiarum licentiam, vel in unius nummi legato, datam esse satis sit: nisi disertis verbis ad illius legati commodum fuerit restricta (1).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 5. *tit.* 5. *def.* 8.

§. 1112.

Aliud jus obtinere, tradit laudatus Thesaurus, cum de bonis agitur, quae ad superstitem conjugem non perveniunt ex mera praemorientis liberalitate, sed ex legis praescripto; cum enim in hac specie agatur de rebus, quae a libera defuncti voluntate non

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

pendent, sed a lege, quae alteri conjugi eas addicit, ipso vero ad alteras nuptias convolante filiis tribuit, aequum non est, ut parens odio filiorum legis sanctionem invertat (1); nam, ut ratiocinatur Justinianus, quod lex lucrum dat, privati voluntate auferri, nec jus, nec aequitas patiuntur (2).

(1) *Thes. d. quaest.* 30. *lib.* 1. *num.* 4. †

(2) *Quod enim ex lege datum est lucrum, privatus auferre modis omnibus non valebit. Novel.* 22. *cap. Si autem in dotem* 33.

§. 1113.

De tutorum consensu vix mentio facienda est; quamvis enim aliqui sentiant, eos pupillis nocere, si parentis nuptias approbent, tam aliena est ab aequitate, et juris regulis, atque tutorum auctoritate (quorum munus praecipuum est, commoda pupillorum curare) sententia haec, ut vix, ac ne vix quidem dilui mereatur.

§. 1114.

Difficilior videri potest quaestio de Principis consensu, utrum poenae hujus remissionem tacite contineat. Negat Thesaurus (1): et merito; Princeps enim nunquam censetur in dubio, jus alteri quaesitum, vel etiam quaerendum auferre; nisi expresse declaret, ne unius beneficium in alterius dispendium sine caussa retorqueatur (1).

(1) *D. quaest.* 30. *lib.* 1. *num.* 7.

(2) *L.* 2. §. *Merito* 10., *et* §. *Si quis a Principe* 16. *ff. ne quid in loco publ.* (43. 8.)

§. 1115.

De filiorum consensu sentit Thesaurus, tacitum non sufficere, qui ex praesentia, aut subscriptione capitulorum matrimonialium, aut similibus actibus eruitur; quia legitime non infertur, filios sponte sibi velle nocere in lucris a lege datis per actum, quem in obsequium parentum emittunt (1). Sed aliud placuisse videtur Sabaudo Senatui, non ea tantum ratione, quod et tacite remissa censeatur injuria a filiis, qui parentis nuptiis quoquo modo consentiunt, sed et favore nuptiarum, quae liberae esse debent; et odio poenarum, quae restringendae sunt quantum fieri potest (2). Quod si liberi prioris matrimonii favore binubi parentis renunciaverint juribus, et bonis alterius, putant aliqui plenam proprietatem parenti salvam esse; quia ex hac renunciatione aeque remissa censeri debeat injuria, quam testamento, quo parens binubus heres scriptus sit: potissimum si quaestio instituatur non ab ipso renunciatario, sed ab ejus heredibus (3).

(1) *D. quaest.* 30. *lib.* 1. *num.* 5.

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 5. *tit.* 5. *def.* 5.

(3) *V. supra* §. 1091.

§. 1116.

Sane fatentur omnes, liberorum omnium requiri consensum, ut binubus parens a poena omnino immunis sit (1). Ex quo sequitur, aliorum consensum dissentienti non praejudicare; ne contra aequitatem alteri per alterum iniqua conditio inferatur (2).

(1) *Fab. d. def.* 5. *in princip.*

(2) *L. Non debet* 74. *ff. de reg. jur.*

§. 1117.

Pervenimus ad aliam quaestionem, an cesset poena amissionis proprietatis ex ipso matrimonio rato, an et ulterius consummatum esse debeat. Primum non sufficere, censet Zoesius (1); quia ante matrimonii consummationem memoria defuncti, et charitas liberorum nondum omnino neglecta dici possit, atque leges benigne in hac materia, utpote poenali, accipiendae sint. Contrarium sentit Faber (2), et merito; leges enim simpliciter de nuptiis loquuntur: nuptiae autem consensu, non concubitu fiunt (3).

(1) *Cod. hoc tit. quaest.* 3.

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 5. *tit.* 5. *def.* 4.

(3) *L. Nuptias* 30. *ff. de reg. jur.*

§. 1118.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9. Sed quid, si nuptiae irritae sint? Quibusdam placet, poenam hanc incurri: saltem si fuerint consummatae; ne alioquin plus mereatur luxuria, quam castitas. Probabilius videtur, poenae in hac apecie locum non esse; quod enim jure nullum est, nullos parere debet effectus (1).

(1) *Fab. d. def. 4. lib. 5. tit. 5.*

§. 1119.

4. Deficit poena haec, de qua disputamus, amissio scilicet proprietatis eorum, quae a praedefuncto conjuge quaesita sunt, si ex priore conjugio nulli fuerint suscepti liberi, itaut liceat conjugi superstiti, novas inire nuptias, quin ulla poena timenda sit; leges enim favorem liberorum respexerunt. Liberis ergo sublatis cessat legis ratio, adeoque et ipsa lex (1).

(1) *Quod si nullam ex priore matrimonio habuerit successionem, vel natus, native decesserint, omne, quod quoquo modo perceperit, pleno proprietatis jure obtineat; atque in his nanciscendi dominii, et testandi, circa quem voluerit, liberam habeat facultatem. L. Foeminae 3. §. 1. cod. hoc tit., Novel. 2. cap. Hoc autem 2., Novel. 22. cap. Quoniam 26.*

§. 1120.

Quin, licet proles habita fuerit ex priore matrimonio, si binubo parenti praemoriatur, eo ipso poena cessabit, itaut proprietas statim ad binubum parentem redeat (1). Ratio est; quia poenae catenus tantum sustinentur, quatenus filiorum favorem respiciunt: unde sequitur, iis deficientibus deficere (2), nec ad heredes liberorum transmitti jus aliquod; quippe adhuc perfectum non est, sed tunc tantum perficitur, cum binubus parens moritur liberis superstitibus (3).

(1) *D. juribus §. praeced.*

(2) *Cessante enim caussa, effectus quoque definit.*

(3) *Thes quaest. forens. lib. 1. qu. 28. num. 5., et qu. 30. num. 1., Fab. cod. hoc tit. lib. 5. tit. 5. def. 16.*

§. 1121.

Qua ratione explicari possit haec proprietatis recuperatio per mortem filiorum, quaerit Faber (1). Juris ratio non patitur, ut dicatur dominium, seu proprietatem fuisse ad tempus tantum liberis acquisitam; quia dominii translatio, quae sola legis potestate fit, neque in diem, neque ad tempus fieri potest; cum caussa transferendi dominii debeat esse perpetua. Congruentius ergo dicitur, perpetuum quidem acquiri filiis dominium, quod tamen cessante caussa acquisitionis revocari possit: sicuti nec parens post alterius conjugis obitum illud quaesierat irrevocabiliter, sed sub ea conditione, si a secundis nuptiis abstineret (2). Eadem lex, quae parenti binubo proprietatem abstulerat favore liberorum, iis praedefunctis superstiti parenti eandem restituit.

(1) *D def. 16.*

(2) *Nihil enim impedit, quominus pure et perpetuo res acquiri dicatur, quamvis, in aliquo casu acquisitionem resolvi contingat; quia et in alio perpetua omnino erit. L. Quoties fundus 2. ff. de in diem addict.* (18. 2.)

§. 1122.

Sunt, qui putant, cessare etiam poenam hanc, si binubus parens ad viduitatem redigatur; poenae enim ratio, inquiunt, matrimonium est: ergo sublato matrimonio sublata quoque debet esse poena, cum cessante caussa cessare effectus debeat. Sed errant, qui ita ratiocinantur; non enim odium secundarum nuptiarum legislatores movit ad ita sanciendum; alioquin, donec durat matrimonium, perdurare quoque deberent poenae, quamvis liberi e vivis sublati fuissent, quod falsum esse demonstravimus (§. 1121.); sed filiorum primi matrimonii favor, quibus maxime timendum experientia docet, ne parens post secunda vota posterioris prolis iniqua acceptione noceat.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

Quaestio IV.

Quis sit effectus privationis proprietatis odio binubi conjugis.

SUMMARIA.

Praecipuus hujus amissionis dominii effectus est, quod binubus nec alienare, nec obligare possit eadem bona. §. 1123.

Vetere jure binubus poterat, cui vellet, ex filiis gratificari. Justinianus aequalitatem servandam constituit inter liberos pro bonis proprii parentis. §. 1124.

Bona alienata a binubo parente in fraudem filiorum, eo vivente, vindicari non possunt; quia alienatio haec nulla adhuc dici nequit. §. 1125.

Si liberi prioris tori binubo parenti heredes fuerint, pro parte hereditaria vindicare non possunt haec bona. §. 1126.

Exemplo species haec illustratur. §. 1127.

Pater pro his bonis cavere non tenetur, ejus tamen res hypothecae subjectae sunt. §. 1128.

A matre cautio datis fidejussoribus exigitur. §. 1129.

Diversum tamen jus viguit de hac fidejussione matris. In primis non cavebat de immobilibus, sed tantum de mobilibus. §. 1130.

Si cavere noluisset, aut non potuisset, bona haec penes liberos remanebant, qui cavere tenebantur de usuris praestandis. §. 1131.

Tum et de restituenda proprietate, si ipsi praemorerentur parenti. §. 1132.

Si nec liberi, nec mater cavissent, penes hanc bona remanebant. §. 1133.

Praestita a filiis cautione de mobilibus, ea poterant libere alienari; quia per eam irrevocabile dominium transferebatur. §. 1134.

Justinianus partim retinuit, partim mutavit hoc jus: et donationem antenuptialem in re immobili consistentem penes matrem esse voluit; quin possit rem dimittere, ut usuras recipiat. §. 1135.

Si autem consistat in mobilibus, et idonea sit viri substantia, itaut suppeditari possint haec sine gravi dispendio filiorum, arbitrio matris permittitur, ut eas praestita cautione accipiat, vel earum usuras: secus usuras quadrantes habet §. 1136.

Si donatio ante nuptias partim in immobilibus, partim in mobilibus consistat, idem jus modo relatum proportione facta servandum est. §. 1137.

§. 1123.

Quarta, et postrema nunc quaestio expendenda est, qui sit hujus poenae effectus. Praecipuus hujus amissionis dominii effectus est, quod binubus, nec alienare, nec hypothecae dare, possit, eadem bona (1); cum eorum proprietatem liberis prioris tori reservare teneatur. Sed hinc tria oriuntur dubia. 1. An binubus parens possit, uni gratificari: 2. An filiis concedatur, bona a binubo parente in fraudem alienata vindicare: 3. An parens ad secundas transiens nuptias teneatur, cavere.

(1) *D. l. Foeminae 3. cod. hoc tit.*

§. 1124.

Si antiquum jus inspiciamus, fas erat binubo parenti, unum, vel aliquos ex filiis eligere, quibus bona a priori marito habita relinqueret (1). Sed Justinianus jus hoc emendavit, atque liberam in filios disponendi facultatem abstulit, constituens, ut aequaliter bona haec inter singulos liberos dividantur (2); cum enim omnes liberi aequaliter injuriam passi fuerint per secundas parentis nuptias, aequum visum est Imperatori, ae-

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5 tit. 9.

quale laesionis solatium omnes sentire, non itaut promiscue inter omnes liberos priorum nuptiarum distribuenda sint haec bona, si forte parens ad tertias, vel ulteriores convolaverit nuptias, sed ut quique liberi ad proprii parentis, aut fratris bona veniant, quorum proprietatem binubus per novas nuptias amisit (3).

(1) *D. l. Foeminae* 3. *cod. hoc tit.*

(2) *Lucrum hoc aequaliter inter liberos lege distribuitur, non arbitrio parentis permittitur. Auth. Lucrum cod. hoc tit., Novell.* 22. *cap. Venient autem* 25.

(3) *D. Novell.* 22. *cap. Nec illud quoque* 29.

§. 1125.

Quoad aliam quaestionem, utrum alienata a binubo parente in fraudem filiorum vindicari possint, negative respondendum est, si vivente binubo vindicationis judicium instituere velint; quia leges eo tantum defuncto hanc facultatem concedunt (1); quamvis enim alienandi, vel obligandi non habeant facultatem (2), quia tamen nulla dici non potest alienatio, utpote pendens a conditione, an liberi supervivant, ideo nonnisi hac existente poterunt vindicari (3).

(1) *Itaque defuncto, qui eas liberis servabat, extantes ab omni possessore liberi vindicabunt: consumptas vero ab heredibus ejus exigent, qui eas servare debuerat. D. l. Generaliter* 5. *cod. hoc tit.*

(2) *Alienandi sane, vel obligandi suo nomine eas res, quae liberis servari praeceptae sunt, eis, qui reservaturi sunt, adempta licentia est. D. l.* 5.

(3) *L. Quaedam* 15. *ff. de reb. dub.* (34. 5.), *ubi legatum sub conditione relictum ab herede alienatum nonnisi post eventum conditioni vindicari potest.*

§. 1126.

Sed quid dicendum, si primi matrimonii liberi binubo patri, vel binubae matri heredes extiterint? Probabilius videtur, pro ea parte, qua heredes sunt, vindicare non posse bona haec, quae forte in extraneum fuerint alienata; certissimi enim juris est, heredes singulos pro hereditaria portione obligari de rebus alienis per defunctum alienatis, itant etiam de evictione teneantur. Quare potiori ratione exceptione rei venditae, et traditae repelli poterunt (1).

(1) *L. Cum a matre* 14. *cod. de rei vindic.* (3. 32.)

§. 1127.

Fingamus, duos esse liberos primi matrimonii, duos item ex secundo conjugio binubum suscepisse; qui omnes aequaliter huic heredes extiterint. Filii primi tori, qui pro dimidia tantum parte binubo parenti heredes sunt, dimidium omnium bonorum, quae alienata sunt, vindicare poterunt.

§. 1128.

De cautione a binubo parente praestanda, aliud jus in patre obtinet, aliud vero in matre. Patri bonorum libera conceditur administratio (1); quin ullo cautionis onere praegravetur; cum enim optimum praesumi debeat patris consilium pro liberis suis, minus aequum fuisset, eum cautionis oneri subjicere (2). Data tamen fuit filiis hypotheca in bonis patris, ut eorum securitati prospiciatur (3).

(1) *Negot a vero liberorum patri utiliter administrare, concedimus. L. Generaliter* 5. *cod. hoc tit*

(2) *L. Cum oportet* 6. §. 1. *cod. de bon., quae liber.* (6. 61.)

(3) *D. l.* 6. §. *ult.*

§. 1129.

Quoad matrem diversum viget jus; eam siquidem plerumque cautioni datis fidejussoribus obnoxiam leges voluerunt, tum ob minus firmum in administrando foeminarum judicium, tum et ob majus periculum, ne res dilabantur, quas in alium locum. aliamve familiam per secundas nuptias transfert, atque extraneo committit, novo nempe marito; quod in patre non contingit.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

§. 1130.

Sed et in fidejussione a matre praestanda non idem omnino jus semper obtinuit. In primis Imperatores Leo, et Anthemius constituerunt, ut mulier res omnes, quae a marito ad ipsam pervenissent, immobiles quidem possideret sine cautionis onere, mobilium vero, quae prius justo pretio aestimanda decreverunt per arbitros, tum mulieris, tum liberorum voluntate eligendos, interposito etiam jurejurando, usumfructum quidem haberet mulier, dummodo idoneam fidejussionem praeberet, seu cautionem datis fidejussoribus, se easdem res mobiles, vel earum pretium liberis ex priore matrimonio procreatis, vel iis defunctis, nepotibus eorum, sive omnibus, si omnes fuerint superstites, sive filio, aut filiae superstiti restituturam (1).

(1) *L. Hac edictali* 6. §. 1. *cod. hoc tit.*

§. 1131.

Si autem idoneam fidejussionem noluisset, vel non potuisset mater praestare, constitutum fuit, ut omnino penes liberos remanerent, sive nondum traditae matri a liberis fuissent, sive jam praestitae (quo casu a matre restituendae essent): ea tamen lege, quod liberi ipsi idonee fidejuberent matri: 1. Quod eidem superstiti pro usufructu earum rerum mobilium, vel pretio, quo fuissent aestimatae, usuras quadrantes annuis temporibus praestarent (1).

(1) *D.* §. 1. *vers. Vel certe. Usuras quadrantes dicimus, quas Imperatores tertiam centesimae partem appellant; cum enim usuras centesimas Romani dicerent, quae centesimo mense sortem aequabant, quaeque ideo dici possent duodecimae, quae reducuntur ad* 12. *pro* 100., *tertia eorum pars erit* 4. *pro* 100.

§. 1132.

Altera cautionis a liberis praestandae pars eo spectabat, ut matris securitati prospiceretur, si forte liberi omnes ex priore matrimonio suscepti praemorerentur, atque ideo salva ipsi esset bonorum proprietas. Cavendum ergo voluerunt Imperatores, *quod a filiis, filiabusve, vel ex his progenitis liberis, si ante eandem matrem omnes eos obire contigerit, omnes res praedictae mobiles secundum legum moderationem matri, ut ad eandem luctuosum lucrum redeat, restituantur* (1).

(1) *D. l.* 6. §. 1. *cod. hoc tit.*

§. 1133.

Sin autem nec mater, nec liberi idoneam praebuissent fidejussionem, satius visum est Imperatoribus, ut apud matrem eaedem res manerent, donec viveret, quam apud liberos, ut ita servaretur debitum a liberis matri obsequium, et reverentia (1).

(1) *Sin autem utraque pars praedictam fidejussionem dissimulaverit, aut offerre nequiverit, eaedem res apud mulierem usque in diem vitae suae manebunt. D. l.* 6. §. 1. *in fine.*

§. 1134.

Vix monendum est, praestita hujusmodi cautione, liberum fuisse, vel matri, si ipsa cavisset, vel liberis, iis rebus pro arbitrio uti, eas dare, obligare, vendere, vel alia quacumque ratione alienare (1); cum enim per hanc cautionem dominium irrevocabile quaeratur, sicut in usufructu rerum fungibilium, licita esse debet quaecumque dispositio, dummodo casu restitutionis veniente earum pretium restituatur.

(1) *D.* §. 1. *versic. Erit itaque circa finem l.* 6. *cod. hoc tit.*

§. 1135.

Jus hoc partim retinuit Justinianus, partim immutavit. Siquidem, non amplius liberum esse, voluit, in omni casu mulieri, ut donationem antenuptialem accipiat, etiam praestita cautione res, vel pretium restituendi: aut usuras quadrantes habeat, quemadmodum ipsi permittebatur; sed distinguendum constituit, utrum antenuptialis donatio in rebus immobilibus consistat, an in mobilibus: itaut in prima specie res immobiles pe-

Inst. l. 1. nes matrem sint, quorum usum habeat, quin possit has res dimittere, ut eorum loco
tit. 10. usuras recipiat (1).
ff. l. 24. tit. 2. (1) *Novell.* 2. *cap. Aliud vero* 4. *versic. Ut si quis contulerit.*

Cod. l. 5. tit. 9.

§. 1136.

Si autem donatio antenuptialis in pecuniis, vel aliis rebus mobilibus constaret, adhuc distinguendum decrevit, utrum idonea sit viri substantia, et adsint pecuniae, aurum, argentum, et vestes, quae matri debeantur: an vero hae res mobiles matri suppeditari non possint, sine gravi filiorum dispendio, et quin maxima bonorum paternorum pars vendi debeat. In primo casu adhuc electio mulieri competit, ut eas res praestita cautione accipiat; vel earum justo pretio aestimatarum usuras: in altero vero eas exigere non potest; sed liberi debent, earum quadrantes usuras solvere (1).

(1) *D. Novell.* 2. *cap.* 4. *versic. Si autem omnis.*

§. 1137.

Quod si casus contingat, quo antenuptialis donatio partim mobilibus, partim immobilibus rebus constet, immobilia, uti jam decreverat, manent omnino apud matrem; quin ea possit, filiis dimittere, usuras acceptura: sed quoad mobilia idem jus vigere, constituit, quod jam tulerat pro ea specie, qua in solis mobilibus donatio consistat, itaut rerum, vel usurarum electionem habeat, si res commode a liberis praestari possint; secus usuras quadrantes (1): quae omnia posteriore sanctione confirmavit (2).

(1) *D. Novell.* 2. *cap.* 4. *circa finem.*

(2) *Novell.* 22. *cap. Et quia parum antea* 45.

ARTICULUS II.

De filiali secundi conjugis portione.

SUMMARIA.

Leges modum quendam hic constituerunt, ne binubus nimia erga secundum conjugem benevolentia prioribus liberis noceat. §. 1138.

Summatim enarratur, quae sit legum in hac parte sententia. §. 1139.

Indicantur, quae singillatim hic sunt pertractanda. §. 1140.

§. 1138.

Ut filiis ex priore matrimonio susceptis providi legislatores consulerent, quos saepe negligi a parentibus, qui ad secundas transeunt nuptias, docet frequentior experientia, ex nimia erga secundum conjugem, atque immoderata benevolentia, modum quendam constituerunt, quem binubi, vel binubae erga priores filios servare debeant, quoad suarum facultatum dispositionem.

§. 1139.

Summa haec est legis, quae modum praescripsit. Pater, aut mater, qui, quaeve ad secundas, vel ulteriores nuptias transit, non potest, plus relinquere quacumque ultima voluntate, nec plus conferre actu inter vivos secundo conjugi, quam filiis prioris matrimonii. Æqualem igitur habebit conjux secundus portionem, si omnes primi matrimonii liberi aequaliter in testamento habuerint, vel inter vivos acceperint: si autem minus alicui ex liberis relictum sit, secundus conjux amplius habere non poterit, quam filius ille, aut filia, cui minimum relictum sit (1).

(1) *L. Hac edictali* 6. *cod. hoc tit.*

§. 1140.

Ut omnia, quae ad hujus constitutionis intellectum pertinent, congrue explicari pos-

sint, quinque sunt singillatim pertractanda: 1. Qui veniant nomine filiorum: 2. Quibus in casibus locum habeat haec poena: 3. An, quod de conjuge statutum est, ad alias personas extendatur: 4. Quomodo aestimanda sit haec filialis portio, ubi et inquirendum erit, a quo tempore fieri debeat portionis excedentis restitutio; et cui probandum sit, immoderatam fuisse largitatem: 5. Demum quaenam imputanda sint in filialem secundi conjugis portionem. Atque, ut facilius singula percipiantur, articulum hunc in quinque quaestiones tribuemus.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

QUAESTIO I.

Qui veniant nomine filiorum in aestimanda secundi conjugis filiali portione.

SUMMARIA.

Veniunt hic filii, modo non ingrati, quamvis emancipati, prioris tori, non posterioris, nisi parens ulteriores nuptias quaesierit; nepotes, et caeteri descendentes, et eorum heredes. §. 1141.

Justinianus primum abrogaverat legem, qua lucrum hoc inter solos liberos prioris tori tribuebatur, post revocavit. §. 1142.

Ii soli debent esse participes lucri, quibus injuria illata est. §. 1143.

Pro communibus filiis cessat periculum iniquae acceptionis. §. 1144.

Si conjux ad tertias nuptias venerit, quod plus habuit, dividitur inter omnes liberos priorum nuptiarum. §. 1145.

Excipiuntur liberi ingrati; ne hinc injuriosi fiant parentibus. §. 1146.

Sed admittuntur filii emancipati, sive ex linea paterna, sive ex materna descendant. Hinc non habetur ratio patriae potestatis, et utriusque lineae parentes liberis prospicere debent. §. 1147.

Si liberi parenti binubo heredes fuerint ex testamento, vel ab intestato, non ideo hoc beneficio privantur §. 1148.

Filii, qui ab hereditate parentum abstinent, non excluduntur ab hoc legis beneficio. §. 1149.

Idem jus nepotes habent, sive concurrant cum patruis, sive soli sint: et in stirpes succedunt, non autem in capita. §. 1150.

Heredes liberorum eodem jure gaudent, ac ipsi liberi. §. 1151.

Neque agnati, neque cognati ultra filios, et nepotes, vel alios descendentes ad hujusmodi emolumentum admittuntur. §. 1152.

§. 1141.

Filiorum nomine, quibus eandem portionem relinquere jubetur pater, ac secundae conjugi, itaut si magis huic, quam illis testamento relinquat, vel donet, inter hos, quod excedit, dividendum sit, veniunt tum filii, modo non sint ingrati; quamvis extra patriam potestatem positi: filii, inquam, prioris matrimonii, non posterioris; nisi quaestio sit de parente, qui ad tertias, et ulteriores nuptias migraverit: tum et nepotes, caeterique descendentes, atque eorum heredes. Singula fusius explicemus.

§. 1142.

Primo dixi, filiorum nomine hic intelligi liberos primi gradus, qui tamen ex priore matrimonio descendant. Equidem Justinianus veterem legem, qua lucrum hoc inter solos primi matrimonii liberos dividendum cavebatur (1), prius abrogavit (2): abrogationis tamen poenitentia ductus antiquam legem revocavit; et iterum statuit, ut inter solos primi matrimonii liberos hujusmodi emolumentum tribuatur (3).

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5 tit. 9.

(1) *L. Hac edictali 6. versic. Sin vero plus in fine principii cod. hoc tit.*

(2) *L. Quoniam praeteritae 9. cod. hoc tit.*

(3) *Namque ex secundis nuptiis filios participari etiam horum, scriptum quidem in quadam constitutione est: non tamen etiam nunc nobis placet; sed ex priori matrimonio filiis, propter quos et observatum est, detur solis. Novel. 22. cap. Optime vero 27. versic. Et hoc decernens.*

§. 1143.

Duplex hujusce constitutionis ratio afferri potest. Prior ex injuriae instauratione deducitur; ii enim soli participes lucri esse debent, quibus injuria illata est, in quorum solatium lucrum ab uno aufertur, ut alteri tribuatur. Soli autem primi tori liberi injuriam passi sunt; neque enim ex posteriore conjugio progeniti queri possunt, si forte, mater puta, patri plus reliquerit, quam ipsorum singulis; cum non videatur a filiis ablatum, quod parentibus datur; quippe ad ipsos facile reversurum.

§. 1144.

Altera profluit ex defectu caussae, quae legis sanctionem expostulavit, videlicet; pro communibus, licet secundi ex una parte conjugii, liberis cessat personarum iniquae acceptionis periculum, quod leges praecavere voluerunt; vix namque timendum est, ne secundam uxorem plus aequo diligat binubus pater prae communibus liberis: quemadmodum gravis suspicio est, ne secundam conjugem praeferat liberis prioris matrimonii.

§. 1145.

Si autem fingamus, aliquem non secundas tantum, sed et ulteriores nuptias inivisse, quod postremo conjugi contra leges datum, aut relictum fuerit, atque ab illo ademptum filiorum gratia, ex aequo dividendum erit, non tantum inter liberos primi matrimonii, sed et partem habebunt illi, qui ex posterioribus nati sunt nuptiis, iis tantum exceptis, qui ex postremo matrimonio, seu ex ipso conjuge, cui amplius relictum est, quam leges patiantur, nati sunt; non enim solis primi matrimonii liberis injuria illata fuit, aut soli damnum patiuntur, sed omnes, postremis exceptis (1).

(1) *Venient autem talia lucra ad filios omnes ex prioribus nuptiis. Non enim permittimus parentibus, non recte introductam electionem in eos, neque alii quidem filiorum dare, alium vero exhonorare; omnes enim secundis similiter exhonorati sunt nuptiis. D. Novell. 22. cap. Venient autem 25.*

§. 1146.

Excepimus liberos ingratos; illos enim hoc emolumento carituros decreverunt legislatores (1); ne forte, ut loquitur Justinianus, propter spem hujus lucri protervi, et injuriosi erga parentes fiant (2).

(1) *D. l. Hac edictali 6. cod. hoc tit.*

(2) *Tales namque etiam hac utilitate privamus, ne forte propter spem hujus possessionis contra parentes accedant, et protervi sint, et naturae injurientur leges. D. Novell. 22. Optime vero 27. in fine.*

§. 1147.

Caeterum, ejusdem emolumenti participes esse filios emancipatos, communi legislatorum decreto est constitutum (1), sive ex paterna, sive ex materna linea descendant (2); neque enim ulla hic ratio habenda est patriae potestatis, quemadmodum nec habetur in aliis casibus, ubi de filiorum commodo agitur, quod ex aequitate liberis parentes parare tenentur: neque discrimen constituendum fuit inter ascendentes paternos, aut maternos; cum par utrorumque munus sit, ut liberorum curam gerant, eorumque necessitatibus subveniant.

(1) *D. l. Hac edictali 6. versic. Quam observationem, Novell. 22. cap. Optime vero 27. versic. Hoc idem observando.*

(2) *D. juribus.*

§. 1148.

Nec ab hujusmodi lucro excluduntur filii, quamvis binubo patri heredes extiterint; eum enim lucrum hoc liberis prioris matrimonii tribuat lex in solatium injuriae, atque repensationem laesionis per repetitas nuptias illatae, hereditatis aditio eo protrahi non debet, ut liberos beneficio legis faciat expertes (1): quemadmodum enim non desinit, salva esse filiis heredibus institutis quartae falcidiae, et trebellianicae detractio, quam lex concedit heredi, ultra dodrantem legatis, vel fideicommissis onerato (2); ita denegari non debet filiis in hac specie facultas praecipiendi hujusmodi lucrum, quod lex, non testatoris voluntas, justis de caussis largitur.

Inst. l. 2. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

(1) *Osasc dec. 180. num. 1., et seqq. Nec obstat Thes. in addit. ad dec. 170. litera E.; commode enim intelligi potest de eo casu, quo heres de evictione teneatur; vel lucrum ex hereditate sentiat: neque aliter a Senatu decisum fuisse constat, cum nec diem, nec annum, nec litigantium nomina referat.*

(2) *Princ instit. de lege falcidia (2. 22.), §. Sed quia stipulationes 7. instit. de fideicommissar. heredit. (2. 23.)*

§. 1149.

Eaedem autem rationes, ex quibus, filios heredes parentum uti posse, demonstravimus, beneficio legis, quamvis delatam parentum hereditatem acceptaverint, ostendunt, neque ab eodem beneficio repellendos, quod ab hereditate abstinuerint; scilicet lucrum hoc non jure hereditario a parentibus habetur, sed ex legis sanctione (1): adeoque hujusce lucri aeque participes esse debent, ac proprietatis binubo parenti per secundas nuptias ademptae. (§. 1086.)

(1) *Thes. quaest. forens. lib. 1. qu. 29. num. 13.*

§. 1150.

Quod jus filiis prioris matrimonii leges concesserunt, idem et nepotibus ex filiis praemortuis tributum est; non tantum, si concurrant cum patruis (1), verum etiam si mortuis omnibus filiis primi gradus ipsi soli supersint (2): ita tamen ut in stirpes accipiant, non vero in capita: atque ideo jure repraesentationis tantam ex ademptis novissimo conjugi portionem acquirant, quantam parens intermedius praedefunctus habuisset, si vixisset (3); quin intersit, an patri heredes extiterint, necne (4).

(1) *Ideo secundum portionem unusquisque hoc lucretur, et si, habeat filios, ad eos haec transmittat: illi vero haec inter alterutros partiantur, ipsi quidem secundum mensuram, quanti consistunt, non tamen patris transcendentes portionem. Novel. 22. cap. Venient autem 25.*

(2) *Hoc idem observando et in avo, et in avia, proavo, et proavia, et nepotibus masculis, aut foeminis, et pronepotibus similiter. D. Novel. 22. §. Optime vero 27. in med.*

(3) *D. Novell. 22. cap. 25. et 27., l. In quibus casibus 7., l. Si quis prioris 8. cod. hoc tit.*

(4) *Fab. cod. hoc tit. lib. 5. tit. 5. def 12. num. 6. in allegat.*

§. 1151.

Certa quoque res est, heredes liberorum posse, jus hoc ex persona defunctorum persequi; non tantum, si ita defunctus caverit, sed etiam si nullo condito testamento decesserit, hoc enim lucrum non jure hereditario, sed tamquam proprium defuncti patrimonium vi legis in heredem transmittitur (1): quemadmodum de proprietatis reversione diximus (§. 1095).

(1) *L. Hac edictali 6. cod. hoc tit., l. Heredem 59., l. Hereditas 62. ff. de R. J.*

§. 1152.

Vix monendum est, deficientibus filiis, atque nepotibus, vel aliis descendentibus, cessare quoque legis dispositionem (1), quae istorum favore tantum introducta est; quin aliis, sive agnatis, sive cognatis, fratribus etiam prosit.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

(1) *Leges enim in hac relatae, quas hactenus explicavimus, praeter descendentes alios non commemorant. V. Novell. 22. cap. 25. et 27.*

Quaestio II.

Quibus in casibus locum habeat prohibitio relinquendi secundo conjugi ultra filialem portionem.

SUMMARIA.

Enarrantur species, in quibus dubium esse potest, an huic poenae locus sit. §. 1153.

Binubus cavere non potest, ne liberi odio secundae conjugis sibi vindicent, quod huic plus aequo relictum est. §. 1154.

Nec nocet exemplum falcidiae, quae jure novo prohiberi potest; quia haec etiam testatorum caussa inducta fuit: poena vero, de qua agimus, solum respicit favorem liberorum. §. 1155.

Non potest pater, filios sub conditione privare parte hereditatis, si suae voluntati non obtemperaverint. §. 1156.

Neque rata est promissio vivo patri a filiis facta, qua beneficio legis se non usuros spoponderint. Privatorum cautione legibus non est refragandum. §. 1157.

Confirmatur sententia haec exemplo falcidiae, cujus detractioni non obest futuri heredis renunciatio. Derogari tamen statuto potest huic poenae. §. 1158.

Regula, qua quisque renunciare potest favoribus suis, locum tantum habet, ubi publicum commodum admixtum non est. §. 1159.

Dispositio legis regulariter in caussa non est, cur cesset titulus institutionis; potest tamen parere hunc effectum, si nimis impia fuerit testatoris dispositio, et nimis odiosa filiis. §. 1160.

An conjuge ex asse instituto, filiis modica summa relicta concedatur novercae immissio ad ratam legitimae. §. 1161.

Si conjux nimis honoratus hereditatem repudiet, vel legatum, ut ad alios perveniat, repudiatio haec filiis prioris tori non nocet. §. 1162.

Quid si conjugi datus sit substitutus? §. 1163.

Si extranei, vel filii secundi matrimonii substituti sint, substitutione directa, repudiatio hereditatis non nocet liberis prioris tori. §. 1164.

Idem jus viget, si novercae substituti sint filii ipsi prioris matrimonii. §. 1165.

Poenae huic locus est, sive extraneus, sive filii prioris conjugii per fideicommissum novercae fuerint substituti. §. 1166. *et* 1167.

Si constante matrimonio binubus conjux alteri donaverit inter vivos, et mutuo consensu donationem revocaverint, adhuc poenae locus fit §. 1168.

Donatio haec suos parit effectus; quia irrita omnino non est, sed potest morte confirmari. §. 1169.

Hinc donatum revocatur, quamvis tempore donationis non excedat modum lege praestitutum, si eum excedat mortis tempore §. 1170.

Cum donatio haec morte confirmatur, quod a conjuge aufertur, filiis adjudicatur, exclusis creditoribus; nisi in horum fraudem facta probetur § 1171.

§. 1153.

Plures sunt species, in quibus dubium esse potest, utrum locus sit poenae, qua conjux binubus conjugi secundo plus relinquere prohibetur, quam uni reliquerit ex li-

beris primi matrimonii. 1. Si binubus parens ita testamento caverit, vel liberi contractu promiserint. 2. Si conjux, cui supra leges relictum est, hereditatem, vel legatum repudiet. 3. Cum ipso conjugi instituto datus est substitutus. 4. Cum donatio inter conjuges constante matrimonio facta mutuo eorumdem consensu resolvitur.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

§. 1154.

Quoad primam speciem, certum videtur, non posse parentem, testamento cavere, ne liberi odio secundi conjugis sibi vindicent, quod huic plus aequo relictum est; quod enim publica lege conceditur, privatorum voluntate tolli non potest, neque privato efficere licet, ne leges in suo testamento locum habeant (1). Quare, quae in legum fraudem scripta sunt, pro non scriptis habentur (2).

(1) *Nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant. L. Nemo potest* 55. *ff. de legatis* 1. (30. 1.)

(2) *L. Sejus, et Agerius* 27 *ff. ad leg falcid.* (35. 2.)

§. 1155.

Neque nocet, jure novo testatoribus concedi, ut falcidiae detractionem heredibus prohibeant, atque ab hereditate repelli eos, qui defuncti voluntati parere noluerint (1); nam, praeterquamquod necessaria fuit publica lex, qua haec tribueretur potestas, quaoi deficere, nemo negaverit, in argumento, quod pertractamus, longe dissimilis ratio est detractionis, de qua disputamus: illa non tantum heredum caussa constituta fuit, sed et testatorum, ut facilius exitum habeat ipsorum voluntas (2): hanc vero liberorum dumtaxat favore lex introduxit. Jure ergo testatoribus permitti potuit, ut favori pro se introducto renunciarent; sed non fuit permittendum, ut filiis eriperent lucrum ipsorum proprium.

(1) *Novell.* 1. *cap.* 2. §. 2. *versic. Si vero expressim.*

(2) *Princ. instit. de leg. falcid.* (2. 22.)

§. 1156.

Certa haec sunt, si testator directe jusserit, ut filii heredes scripti ab hoc lucro praecipiendo abstineant; dubium esse potest, si eos sub conditione privaverit: ita scilicet, ut eos a parte hereditatis repellat, si voluntati suae non obtemperaverint. Verum inutilem quoque esse hanc testatoris cautionem, atque filios eandem hereditatis partem esse habituros, demonstrat, quod modo tradidimus (§. 1154.): quae contra leges in testamentis caventur, pro non scriptis haberi. Quo fundamento respondit Scaevola, eos, qui heredes fuissent instituti, si modo caverent, se a falcidiae detractione abstenturos, ad hereditatem admittendos, quamvis conditioni parere nollent (1).

(1) *D. l. Sejus, et Agerius* 27. *ff. ad l. falcid.* (35. 2.)

§. 1157.

Sed ratane erit a filiis vivo patri facta promissio, qua beneficio legis se non usuros spoponderint? Ita suadere videtur ea juris regula, qua traditur, unumquemque posse, juri pro se introducto renunciare (1). Verum speciei huic magis aptari videtur aliud juris effatum, quo privatorum cautione legibus refragandum non esse statuitur (2).

(1) *Cum alia sit regula juris antiqui, omnes licentiam habere, his, quae pro se introducta sunt, renunciare. L. Si quis in conscribendo* 29. *cod. de pactis.* (2. 3.)

(2) *D. l. Quod bonis* 15. §. 1. *ff. ad l. falcidiam* (35. 2.). *Si tamen filius post haec verbis, vel facto demonstraverit, se probare parentis binubi liberalitatem erga secundum conjugem, amplius non videtur admittendus ad implorandum beneficium l. Hac edictali* 6. *cod. hoc tit.; leges enim concedunt quidem filiis hujusmodi facultatem, sed invitum non cogunt, ut ea utatur: adeoque nulla legibus vis fit ab eo, qui jus suum non persequitur.*

§. 1158.

Atque in hoc etiam congrua videtur comparatio detractionis hujus cum lege falcidia:

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5 tit. 9.

utraque enim beneficio legis conceditur, atque in utraque eorum versatur favor, qui contra legis sanctionem conveniunt. Ergo, sicuti nullam esse futuri heredis promissionem, qua spoponderit, se quartam falcidiam a lege datam non detracturum, Papinianus auctor est (1): ita viribus carebit sponsio filii, qua id, quod amplius vitrico, vel novercae relictum fuerit, se non repetiturum promisit. Quare concludamus, pacto derogari non posse huic legi: quamquam derogari potest statuto, cujus, utpote quod legem imitatur, longe major vis est (2).

(1) *Frater, cum heredem sororem scriberet, alium ab ea, cui donatum volebat, stipulari curavit, ne Falcidia uteretur, et ut certam pecuniam, si contra fecisset, praestaret: privatorum cautione legibus non esse refragandum constitit, et ideo sororem jure publico retentionem habituram, et actionem ex stipulatu denegandam D. l. Quod bonis* 15. §. 1. *ff. ad l. falcid.*

(2) *Cum enim statuta, ut supra* (§. 292. *et seq.*) *demonstravimus, minuere etiam possint legitimam ex justa caussa, auferre testandi facultatem parentibus favore liberorum, potiori ratione speciale hujusmodi emolumentum tollere possunt: maxime quia poenae imaginem habet adversus parentes.*

§. 1159.

Nec nocet, unumquemque posse, beneficio in sui gratiam introducto renunciare (1); haec enim regula iis tantum casibus accommodatur, in quibus privatorum favor unice consistit, et qui privilegiorum instar habentur, de quibus ibi agere Justinianum constat (2): sed aliud jus observandum est, cum privatorum utilitas publicum bonum habet admixtum (3).

(1) *D. l. Si quis in conscribendo* 29. *cod. de pactis.*

(2) *D. l.* 29.

(3) *D. l.* 15. §. 1., *d. l.* 27. *ff. ad l. falcid.* (35. 2.) *V. supra* §. 213.

§. 1160.

Hoc loco praetereundum non est, quod passim tradere solent pragmatici, dispositionem legis (1), cui binubus conjux fraudem fecit, in caussa quidem regulariter non esse, cur cesset titulus institutionis; posse tamen hunc effectum parere, si nimis impia testatoris dispositio fuerit: puta si proponatur uxor heres universalis instituta odio filiorum primi matrimonii, quibus relicta tantum fuerit modica summa, quae nec legitimam filiis naturali jure debitam exaequet; hac enim in specie aequitas, et legum sententia suadere videntur, ut filiis prioris matrimonii, tamquam heredes ab intestato, potius immittantur in possessionem bonorum, quam mater ipsa (2).

(1) *Legis nempe Hac edictali* 6. *cod. hoc tit.*

(2) *Caute tamen hic se gerere debet judex, et secundi conjugis indemnitati, quatenus per leges licet, prospicere.*

§. 1161.

Non dubium tamen, quin novercae danda sit immissio ad ratam legitimae filiis debitae, saltem si de hac certo constet; atque etiam provisionalis, tam pro alimentis anni luctus, quam pro sumptibus litis: atque insuper filii cavere debeant, se soluturos, quidquid postea decerni continget pro dotibus, et juribus ejusdem novercae (1).

(1) *Videlicet si filii soli in possessionem bonorum immissi fuerint.*

§. 1162.

Neque testamento, neque pacto hoc emolumentum liberis auferri posse, demonstravimus. Inquirendum nunc est, quid juris, si conjux nimis honoratus hereditatem repudiet, vel legatum, ut forte ad proprios filios, magna ex parte institutos, vel ad extraneos heredes scriptos perveniat. Hac autem in re repudiationem mulieris filiis primi matrimonii non nocere, arbitramur; tum quia, quod plus relictum est conjugi, statim a morte parentis binubi cedit liberis primi matrimonii; perinde ac si neque scriptum, neque

relictum esset, lege ita disponente (1): quo fit, ut per supervenientem repudiationem jus liberis quaesitum auferri non possit; tum quia inutilis, et nullius effectus existimari debet repudiatio haec, utpote juris, quod lege prohibente nullatenus competit; repudiatio enim hereditatis, vel legati, supponit jus ad illa (2).

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

(1) *D. l. Hac edictali* 6. *versic. Sin vero plus in fine principii cod. hoc tit.*, *dict. Novell.* 22. *cap. Optime vero* 27. *versic. Et hoc decernens* 3.

(2) *L. Is, qui heres* 13. *princip.*, *et* §§. *seqq. ff. de acquirend. vel omittend. heredit.* (29. 2.)

§. 1163.

Si conjugi supra modum instituto datus sit substitutus, distinguendum est, utrum de directa, seu vulgari substitutione agatur, an vero de obliqua, seu fideicommissaria. Cum directa est substitutio, rursus distingui debet: vel substituti sunt extranei, vel ipsimet filii prioris matrimonii.

§. 1164.

Extraneis substitutis (1), cum in potestate conjugis instituti sit, utrum hereditatem, ad quam testamento vocatus est, ipse habere malit, an vero per repudiationem efficere, ut ad substitutum perveniat, rata esse non debet hujusmodi institutio eo colore, quod hereditas videri possit extraneo substituto relicta, quem institui leges non prohibent. Adde et hic locum habere argumentum, quo modo utebamur (§. 1160.), scilicet conjugem nimis honoratum repudiare, non posse, quod excedit liberorum primi matrimonii portionem; quia jure prohibente ipsi non debetur.

(1) *Quod de extraneo dicimus, idem dicendum, si filii secundi matrimonii sint substituti; quippe ipsis non prohibetur plus relinquere parens, quam filiis primi conjugii, nisi forte in fraudem legis ita disponat, ut inferius ostendemus.*

§. 1165.

Eadem ratio probare videtur, idem jus servandum esse in altera specie, qua novercae filii primi tori substituti sint: quin favore novercae dici possit, plus non videri ipsi relictum, quam filiis; quia, quod minus istis relictum est, compensatur substitutione, qua filii ad hereditatem vocantur; cum enim in heredis potestate sit, hereditatem adire, et sibi acquirere, vel ea repudiata in substitutum transmittere, nullum emolumentum liberis accedere ex hac substitutione, dici potest, quo fiat compensatio (1).

(1) *Si fingamus, novercam plus aequo institutam conjugi testatori praemori, evanescere puto quaestionem, utrum, quod ipsi amplius filiis relictum fuerat, his addici debeat ex l. Hac edictali; cum enim testamentum tantum vires habeat a morte testatoris, qui potest, quandocumque contrarium priori elogium conficere, dici nequit, contra legem peccasse conjugem binubum, nisi in hac voluntate usque ad supremum vitae spiritum perseveraverit. Quin, etsi ponamus, post mortem secundae conjugis a binubo testamentum non fuisse immutatum, non ideo, quod plus relictum fuerat, ad filios primi matrimonii pertinebit, nisi pro ea parte, qua heredes scripti fuerint; quia, cum effectu per se caruerit secundae conjugis institutio, non ex vi l. Hac edictali, hereditatis pars, quae caduca per unius heredis premorientiam facta est, inter omnes scriptos heredes juxta generales juris regulas pro hereditaria cujusque portione dividenda erit.*

§. 1166.

Quod si de fideicommissaria substitutione sermo sit, et extraneus proponatur substitutus, non ideo dici poterit contra legem peccatum non esse; tum quia nihil videtur decedere heredi, quod ipsi substitutus per fideicommissum datus sit; tum quia, cum heres fideicommissarius vivente fiduciario nihil lucretur, videri, non potest ipse institutus, ut potius extraneo plus relictum dicatur, quam secundo conjugi.

§. 1167.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod l. 5. tit 9.

Neque aliud sentiendum esset, quamvis ipsi prioris matrimonii filii per fideicommissum novercae supra modum honoratae substituti proponerentur: tum quia etiam filiis aptantur rationes modo allatae; tum quia non potest, videri filiis a patre datum, quod sub ea conditione tantum ad ipsos perventurum est, si novercae superstites sint.

§. 1168.

Affinis huic altera species est, qua constante matrimonio binubus conjux alteri donaverit donatione inter vivos (1): atque postea mutuo donantis, et donatarii consensu revocata donatio fuerit; cum enim eo ipso momento, quo donatio completa est, contra legem peccatum fuerit, atque ideo jus sit filiis acquisitum in ea portione, quae modum lege praestitutum excedit, posteriori conjugum poenitentia jus illud invitis filiis auferri non potest; neque enim quod inter duos geritur, alterum, qui contractui non intervenit, laedere, aequitas patitur.

(1) *Donationes quidem, quae constante matrimonio inter conjuges fiunt, jure civili*, ait Justin. in l. Hac edictali 6. cod. hoc tit. fere in princip., *interdictae sunt, morte tamen donatoris ex certis caussis confirmari solent.*

§. 1169.

Neque opponatur, ex quo nulla est inter conjuges donatio, nullum parere posse effectum; nam, uti modo observavimus, donatio inter conjuges omnino irrita dici non potest; cum in certis casibus donatoris morte confirmari possit (1).

(1) *L. Si non verum 15., l. 25. cod. de donation inter virum, et uxor.* (5. 16.), *d. l. Hac edictali 6. cod. hoc tit.*

§. 1170.

Hinc colligit Faber, quod secundo conjugi a binubo donatum est, quamvis tempore donationis non excedat modum lege praestitutum, revocandum tamen esse, si mortis tempore plus secundo conjugi, quam uni ex liberis prioris matrimonii, donatum constet; vel propter aes alienum a binubo postea contractum, vel ob diminutas alio casu mariti facultates; cum mortis tempus in hoc argumento spectandum sit (1).

(1) *Novell. 22. cap. Quia vero 28., Fab. cod. hoc tit. lib. 5. tit. 5. def. 11.*

§. 1171.

Sed oritur quaestio, utrum filiis primi matrimonii tribuendum sit, quod plus conjugi relictum est, an vero creditoribus binubi, si grave aes alienum contraxerit defunctus, cui exsolvendo pares non sint caeterae ejus facultates. Filiorum potior videtur caussa; cum enim praecluso filiorum favore donatio revocata non fuisset, atque ideo nihil juris habuissent creditores in res donatas, revocatio a lege facta solis filiis prodesse debet; creditoribus exclusis (1), nisi in creditorum fraudem facta probetur.

(1) *Fab. d. def. 11. cod. hoc tit. num. 2. in corpore, et seqq., ubi tamen ita tractatum, non tamen decisum ait.*

Quaestio III.

An secundi conjugis nomine aliae personae contineantur.

SUMMARIA.

Leges non tantum directe, sed et per interpositam personam secundo conjugi plus relinqui prohibuerunt. §. 1172.

Si executor testamentarius jussus sit, pecuniae quantitatem in secretos usus impendere, cogi potest, ut juret, vitrico, aut novercae non traditurum. §. 1173.

Proponitur duplex quaestio, an liceat, plus relinquere filiis secundi matrimonii vel secundi conjugis filiis. §. 1174

Ratio dubitandi, an liceat, plus relinquere filiis secundi matrimonii, in eo est utrum sint interposita persona, per quam parens lucretur. §. 1175.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

Proponuntur variae interpretum sententiae. §. 1176.

Qui aequalitatem servandam volunt inter filios utriusque conjugis, dicunt, utrobique eandem vigere legis rationem: videlicet periculum, ne priores negligantur secundi conjugis nimio amore. §. 1177.

Addunt, filios existimandos esse interpositam personam, per quam parens lucretur, ob arctissimam conjunctionem personarum. §. 1178.

Nituntur 3. *Justiniani lege, qua aequalitatem inter utriusque conjugii liberos servandam suadet.* §. 1179.

Qui contrasentiunt, unico probant argumento, nempe hic agi de poena non extendenda: naturali facultate disponendi, non coarctanda, cum nulla lex est, quae ita caveat. §. 1180.

Demonstratur, extensionem legis hic admittendam non esse. §. 1181.

Neque eadem viget suspicio immoderatae benevolentiae pro filiis secundi matrimonii, ac pro secundo conjuge. §. 1182.

Afferuntur aliae legis rationes, nimirum suspicio seductionis, aut etiam coactionis. §. 1183.

Praeterea facilius conjugi alter relinquere prohibetur, quam filiis, quos parentes jure naturae alere tenentur. §. 1184.

Ex legislatorum sententia filii dici nequeunt interposita persona. §. 1185.

Quamvis filius conjunctissimus parenti sit, non inde tamen interposita semper persona est, per quam parenti relinquatur. §. 1186.

Demonstratur, Romano jure non semper videri parenti datum, quod datur filiis, exemplo donationis filiis factae, quae aliquando subsistit. §. 1187.

Affertur distinctio Papiniani de patre tutelam testamentariam recusante, cujus filiis relicta sunt legata, an scilicet contemplatione patris, nec ne filio relicta fuerint. §. 1188.

Ratio ususfructus patri quaesiti in matre non obtinet: leges tamen utrumque parentem indistincte complectuntur. Praeterea valere potest, quod per consequentiam evenit, quamvis directo fieri nequeat. §. 1189.

Justinianus, aequalitatem servari, suadet quidem, sed non praecipit; imo contrarium diserte permittit. §. 1190.

Ratio aequalitatis inter filios servandae consilium continet, quod abire per se nequit in praeceptum; cum legislator, se praecipere nolle, declarat. §. 1191.

Ergo potest, plus relinqui filiis posterioris conjugii, quam prioris: nisi fraus legi fiat, quae facile praesumi non debet. §. 1192.

Utrum filii sint interposita persona ex singulis personarum, et rerum adjunctis dijudicandum est. §. 1193.

Exemplum esse potest, si conjux extraneo leget, ut superstiti conjugi restituat. §. 1194.

Alterum est de muliere, quae, viro aeque instituto cum filiis, impensarum funeris modum viri arbitrio commiserit. In hac specie non potest plus impendi, quam boni viri arbitrium ferat, nec plus impensum restituendum est. §. 1195.

Non tamen fraus legi facta dicitur, cum viri consensus adhibitus fuit in testamento, quo plus relictum sit filiis secundi conjugii. §. 1196.

Nec obest, quod dictum sit in testamento, plus relinqui filiis posterioris conjugii ob caussas ipsis parentibus cognitas; quia eos forte satius erat reticere. §. 1197.

Idem juris est, quamvis dotis quantitas secundi viri arbitrio relicta fuerit. §. 1198.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

Nec nocet exclusio filiorum primi matrimonii a substitutione; quia post patris mortem effectum habitura est, et ratione niti potest. §. 1199.

Demum ex facultate viro data hereditaria matris bona alienandi cum implicationis onere dolus erui nequit. §. 1200.

Potest noverca, aut vitricus, plus relinquere privignis, quam filiis: nisi hoc factum in legis fraudem demonstretur: quod hic facilius praesumitur. §. 1201.

§. 1172.

Cum fraus legi fiat, non tantum, si ejus verba offendantur, sed tunc etiam, cum salvis legis verbis ejus sententia circumvenitur (1); quia, ut optime animadvertit Ulpianus, *verbum ex legibus sic accipiendum est, tam ex legum sententia, quam ex verbis* (2); ideo Imperatores liberis prospicere volentes, plus relinqui secundo conjugi, prohibuerunt, quam uni ex liberis primi matrimonii relictum sit, non tantum directe, sed et per interpositam personam (3).

(1) *L. Non dubium* 5. *cod. de legibus.* (1. 14.)

(2) *L. Nominis* 6. §. 1. *ff de verb. significat.*

(3) *Omni circumscriptione, si qua per interpositam personam, vel alio quocumque modo fuerit excogitata, cessante. D. l. Hac edictali* 6. *in fine cod. hoc tit., d. Nov.* 22. *cap. Optime vero* 27.

§. 1173.

Hinc jure colligit Voet (1), si conjux binubus executori supremae voluntatis suae jusserit, ut in aliquos usus certam pecuniae quantitatem erogaret, quos ei secreto exposuit, et liberi prioris matrimonii merito suspicentur, eam pecuniae quantitatem vitrico, vel novercae in fraudem legis tribuendam, cogi posse executorem, ut jurejurando affirmet, in alios usus eam esse convertendam; ne ita contingat, fraudem legi fieri (2): quo tamen praestito filii omnino repellentur (3).

(1) *Voet in pandectas de ritu nuptiarum num.* 116.

(2) *L. Lucius Titius* 123. §. 1. *ff. de legatis* 1. (30. 1.)

(3) *Argum. l. Theopompus* 14. *ff. de dote praelegata.* (33. 4.)

§. 1174.

Sed hinc duplex oritur quaestio. Prima est, an conjux binubus possit, plus relinquere filiis secundi matrimonii, quam liberis prioris tori, idest utrum mater, puta, plus possit relinquere filiis, quos ex posteriore conjuge habuit, quam iis, quos ex priore viro genuit. In altera quaeritur, an parens binubus prohibeatur, plus relinquere filiis secundi conjugis, quos non ipse, sed conjux ex altero matrimonio genuit, quam propriis filiis, sive ex priore, sive ex posteriore conjugio procreatis, quam filiis primi: seu an vitricus, vel noverca possint, plus relinquere privignis, quam propriis filiis.

§. 1175.

Quod ad primam quaestionem pertinet, ratio dubitandi in eo est, utrum parens filios posterioris matrimonii magis honorando videatur, eorum patri, vel matri favere, quatenus pater usumfructum est habiturus, mater vero emolumentum inde facile percipiet: unde suspicari posse videtur, non quidem directo, sed per interpositam personam, plus lucrari secundum conjugem, quam filios prioris matrimonii.

§. 1176.

In hac controversia magna animorum contentione disputatur. Alii filiis primi matrimonii favent, atque aequalitatem servandam esse inter ipsos, et liberos posterioris tori contendunt: alii contra, libere posse parentem binubum plus relinquere posterioribus, quam prioribus, acriter defendunt. Ut autem quisque scire possit, quae sententia praeferenda sit, singula utrinsque sententiae argumenta proferemus: deinde, quae potior, et magis conformis tum legibus, tum aequitati sit, demonstrare conabimur.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

§. 1177.

Qui volunt, parentem binubum, aequalitatem servare, debere, inter filios primi, atque secundi conjugii, nituntur ratione, et auctoritate. Primo namque ajunt: ibi debet vigere lex, ubi viget legis ratio; ratio autem quae legislatores movit ad sanciendum, ut conjux binubus secundo conjugi non possit, plus relinquere, quam filiis primi matrimonii, in eo consistit, quod maxime timendum sit, ne binubus novi conjugis nimio amore charitatem priorum liberorum negligat. Porro aequaliter timendum est, inquiunt, ne novi conjugis gratia plus relinquat communibus liberis, quam illis, quos ex alio (quo defuncto defecit quoque charitas) conjuge suscepit.

§. 1178.

Secundo nituntur Imperatorum sanctione (1), qui prohibent, ne per interpositam personam plus relinquatur secundo conjugi: quae autem, inquiunt, persona magis conjuncta est patri, quam filius. Merito ergo suspicandum est, ne filius interposita sit persona, per quam parenti relinquatur: maxime quia in jure, quod filio relinquitur, patri datum reputatur (2).

(1) *In d. l. Hac edictali* 6. *in fine princip., et d. Novel.* 22. *cap. Optime vero* 27.
(2) *L. Qui tutelam* 28. *ff. de testamentaria tutela* (26. 2.)

§. 1179.

Demum Justiniani constitutionem in medium afferunt, qui suadet parentibus, qui ex duplici conjugio filios habent, ut aequalitatem inter utrosque servent; ne leges spernere videantur, quae utrosque aequaliter ad successionem ab intestato vocant (1).

(1) *D. Novell.* 22. *cap. Illud quoque* 48.

§. 1180.

Qui contrasentiunt, unico quidem opinionem suam argumento firmant, sed validissimo; nempe, inquiunt, poenae interpretatione potius emolliendae sunt, quam exasperandae (1): odia, quantum fieri potest, sunt restringenda (2): libertas naturalis de re sua disponendi, quantum aequitas, et leges patiuntur, sustinenda, et adjuvanda est. Cum ergo hic agatur de poena, quae odiosa est, et quatenus filios a quadam successionis testamentariae parte repellit, et quatenus liberam disponendi facultatem coercet, favendum est et liberis, et binubo conjugi, itaut possit, posterioris matrimonii filios magis honorare, quam primi; nisi aliqua lex proferatur, quae hoc fieri aperte prohibeat. Certum autem est, et cuilibet attendenti patet, leges, quae in hac materia latae sunt, solum secundum conjugem comprehendere, cui binubus non possit plus relinquere, quam soboli ex priori matrimonio susceptae. Ergo prohibitio intra hos limites est coarctanda.

(1) *L. penult. ff. de poenis.* (48. 19.)
(2) *Cap. Odia* 15. *extra de reg. jur. in Sexti Decr.*

§. 1181.

Diluenda nunc sunt contraria argumenta, unde veritas sententiae nostrae magis elucescet. Quod pertinet 1. Ad legis rationem, quam et locum habere affirmant in ea specie, qua, plus relinqui filiis posterioris matrimonii, concedatur, duplici modo solvi potest; primo namque hinc probaretur tantum, ita legem fuisse ferendam, non vero reipsa latam fuisse. Legum quidem extensio ex indentitate rationis fieri aliquando potest (§. 20. D.), etiam in materia poenali (§. 99. D.); non aliter tamen hujusmodi legis interpretatio permittitur, quam si par omnino utrinque sit ratio, quae legislatorem ad legem in uno casu ferendam movit: quod sane hic nullatenus demonstrari potest.

§. 1182.

Sed, inquiunt, leges occurrere voluerunt binuborum intemperantiae, qui plerumque non tantum res, sed et vitam filiorum novis conjugibus addicunt (1): eadem autem ratio contra filios posterioris conjugii, novi conjugis amore, urgere videtur. Esto, haec ratio legislatores moverit. Sane non aeque urget contra filios, ac contra conjugem, ut

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5 tit. 9.

docet experientia: neque enim tam facile timendum, ne binubus prioris prolis obliviscatur, ut posteriori faveat; cum eodem vinculo utrique jungatur.

(1) *Lex enim non solum contra tutores, sed etiam contra foeminas immoderatas, atque intemperantes prospexit minoribus, quae plerumque novis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicunt. L. Lex, quae tutores 22. versic. Servi etiam circa finem cod. de administrat. tut.* (5. 37.)

§. 1183.

Praeterea negari potest, hanc unam esse rationem, cur binubus prohibitus sit, ne plus secundo conjugi relinquat, quam filiis prioris matrimonii: aliae siquidem nec contemnendae afferri possunt. Primo enim non injuria timetur, ne, praesertim maritus, minis, seductione, iniquis suasionibus, importunis precibus, illecebris, et blanditiis conjugis animum alliciat, ut sibi potius faveat, quam priori soboli; hae autem suspiciones vix in filios posterioris matrimonii cadunt.

§. 1184.

Addi potest, longe facilius probiberi, ne conjux alteri bona sua relinquat, quam filiis, cujuscumque matrimonii sint; munus siquidem parentum est, filiorum utilitati, et sustentationi prospicere, quibus vitam dederunt, non vero conjugi. Atque ideo legitimam saltem liberis relinquendam leges decreverunt, nec eadem statuerunt favore conjugis alterius.

§. 1185.

Neque majoris ponderis est argumentum, quod desumunt ex legibus in hac materia latis (1), quibus prohibetur, ne per interpositam personam plus relinquatur secundo conjugi, atque interpositam personam interpretentur filium secundi matrimonii. Sane singularis omnino ratio haec est leges interpretandi; quis enim sibi persuadere possit in re tam obvia legislatores denominatione ita intricata filios secundi matrimonii, quos aperte demonstrare nihil vetabat, designare voluisse: maxime cum ne verbum quidem faciant filiorum?

(1) *D. l. Hac edictali 6. cod. hoc tit., d Novell. 22. cap. Optime vero 27.*

§. 1186.

Sed regerunt quis tam parenti conjunctus est, quam filius? Conjunctissimum parenti filium nemo est, qui diffiteatur: sed inde inferri non potest, ita in omni casu interpositam haberi personam, ut, quod filio relinquitur, parenti relictum videatur; saepius enim filiorum contemplatione parens iisdem favet, cum proprius conjux exosus est.

§. 1187.

Sane Romanae ipsae leges non indistincte hanc regulam admittunt, ut patri datum videatur, quod filio traditur. Hinc, cum eo jure prohibeantur donationes inter virum, et uxorem, non omnes tamen donationes, quae a matre liberis fierent, irritas dixerunt, quasi patri in fraudem legis factas; sed eas tantum, quibus omne, datum filio, patri ipsi acquireretur, et consequenter distinxerunt, utrum filius in patria potestate esset, nec ne. Imo, etiamsi filio, patriae potestati subjecto, dedisset mater, valere donationem, tradiderunt, si modo filio in castra eunti dedisset; quia filio tunc omne quaeritur emolumentum (1).

(1) *Secundum haec, si mater filio, qui in patris potestate esset, donet, nullius momenti erit donatio; quia patri quaeritur. Sed, si in castra eunti filio dedit, videtur valere; quia filio quaeritur, et est castrensis peculii. L. Haec ratio 3. §. Secundum haec 4. et seqq. ff. de donationibus inter vir. et uxor.* (24. 1.)

§. 1188.

Eandem distinctionem Papinianus probat (1), quem contrasentientes ad firmandam sententiam suam adducunt: cum enim quaerit, utrum, qui a tutela testamento mandata se excusare contendit, ab iis etiam legatis submovendus sit, quae propriis filiis relicta fue-

rint, non aliter repellendum tradit, quam si legata filiis relicta sint, non ipsorum, sed patris contemplatione (2). Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

(1) *In d. l. Qui tutelam* 28. *ff. de testamentaria tutela.* (26. 2.)

(2) *Qui, tutelam testamento mandatam excusationis jure suscipere, noluit, ab his quoque legatis summovendus erit, quae filiis ejus relicta sunt: modo si legata filii, non affectione propria, sed in honorem patris meruerunt. D. l.* 28.

§. 1189.

Majorem vim habere videtur, quod de usufructu patri quaerendo objicitur. Verum, praeterquamquod haec ratio dumtaxat ostenderet, non posse, matrem filiis secundi matrimonii plus relinquere, quia eorum, quae filiis relicta sunt, matri ususfructus non acquiritur: attamen leges omnes, quae in hac materia latae sunt, aequalem esse tum patris, tum matris conditionem, apertissime constituunt (1); responderi jure potest, lucrum hoc, quod ad patrem per usumfructum pervenit; tanti momenti visum non esse legislatoribus, ut patrem ab eo repellendum censuerint; novum enim non est, ut extra legum poenam sit, quod indirecto, et per consequentiam sine fraude contingit (2).

(1) *D. l. Hac edictali* 6. *cod. hoc tit., d. Novell.* 22. *cap. Optime vero* 27.

(2) *L. Post legatum* 5. *§. Qui accusavit* 7. *et seqq., l. Qui Titii* 7. *ff. de his, quae ut indignis* (34. 9.). *V.* §. 1068.

§. 1190.

Quod pertinet ad postremum argumemtum, quod ex Justiniano desumunt, mirandum sane, eos inde pro se argumenta mutuari, ubi apertissime eorum sententiam improbat Imperator. Suadet quidem ibi Justinianus, ut parentes inter filios utriusque conjugii, legum exemplo, aequalitatem serveut, sed instar adhortantis, non sancientis; adhortantis, inquam, ad id, quod aequitas suadere videatur, non sancientis, atque necessitatem imponentis (1): ut vel ex eo evidentissime constat, quod facultatem competere tradit, alicui ex secundis aeque, ac ex primis nuptiis filio, qui magis festivus, et dilectus sit, favendi, dummodo legitima liberis omnibus relinquatur (2).

(1) *Hanc itaque partem de aequitate filiorum ex priore, et secundo matrimonio venientium adhortantes potius, quam sancientes dicimus. Novell.* 22. *cap. ult. in princ. circa medium.*

(2) *Nam si aliquem ex secundis habeant nuptiis, aut etiam ex primis forsan, ita festivum, ita dilectum, ut velint, praeponere eum aliis in possessione, damus licentiam hoc agendi; non tamen omnino priores quidem filios minuere, secundos autem augere. D. cap. ult. in princ.*

§. 1191.

Regerunt adhuc, et dicunt: mens quidem Justiniani non est, legem ferre, ut ipse declarat, sed consilium dare. Verum cogit ad ita sentiendum ratio ipsa, quam affert Imperator, aequalitatis nempe inter filios servandae; prout aequitas postulat. Consilium ergo abit in necessitatem. Profecto, si semel interpretibus concedatur, ut possint contra manifestam legislatoris definitionem, legem fingere, ubi ipse declarat, nullam se velle constituere, actum erit de juris interpretatione: atque inutilia fient argumenta, quibus legislatorum mens in aperto collocetur. Potius ergo, qui contrasentiunt, sponte fatentes legem deficere, se eam praescribere, ex aequitate velle declarent. Id unum nobis sufficiet respondere: a subditis suis, si quos forte habeant, observari praecipiant: nec refragabimur.

§. 1192.

Concludamus, nullibi cautum, adeoque nihil obesse, quo minus pater, aut mater plus relinquat filiis posterioris matrimonii, quam uni ex filiis prioris conjugii, cui minus reliquerit; nisi hoc fiat in fraudem legis, itaut filii interposita persona potius sint, per quam acquirat pater. Suspicio autem haec non facile admitti debet, maxime si concur-

Iust. l. 1 tit. 10. ff. l. 23 tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

rant motiva, quae parentem impulerint ad ita disponendum, veluti mali mores filiorum primi matrimonii (1): atque in dubio potius standum esse pro validitate actus, seu dispositionis: dummodo prioris matrimonii filii saltem in legitima instituti fuerint, ut valeat testamentum; quin, etsi minus legitima relictum sit, actionem quidem ad supplementum dabimus, subsistente interim testamento (2).

(1) *Thes. dec. 170. in additionibus lit.* D. †

(2) *Thes. d. dec. 170. in addit. lit.* A. †.

§. 1193.

Quibus autem indiciis dignoscatur, utrum filiorum secundi matrimonii institutio facta sit potius favore patris, adeoque in fraudem legis, vix certa, et generalis regula tradi potest; cum maxime res haec pendeat ex singulis personarum, et rerum adjunctis. Jam unum casum indicavimus, quo conjugi relictum per interpositam personam videatur, cum de executore supremae voluntatis disputavimus. (§. 1173.)

§. 1194.

Altera huic species addi potest, quando conjux alicui certam quantitatem legat, ut totam, vel partem restituere conjugi debeat, aut alterum instituit, quem secreto de restituenda conjugi hereditate rogavit, et ab eo fidem habuit.

§. 1195.

Neque dissimilis ea species est, de qua agit Faber, scilicet de muliere, quae, viro ex aequis partibus cum filiis primi, et secundi matrimonii instituto, impensarum funeris modum, ex mariti arbitrio constitui, praeceperat, eo addito, ut de earum quantitate juranti marito crederetur. Sane in hac specie timendum est, ne sub hoc colore impensarum funeris, mariti arbitrio, et fidei commissarum, fraus legi fiat. Quare merito censuit Senatus, non esse permittendum marito, ut plus impendat, quam boni viri arbitrio impendendum sit, habita ratione dignitatis, facultatum mulieris, et liberorum, itemque secundi conjugis; quin restituendum sit, quod plus debito revera impenderit, aut fides marito juranti habenda, qui plus impensum affirmet (1).

(1) *Fab. cod. de secundis nuptiis lib. 5. tit 5. def. 9.*

§. 1196.

Caeterum, quia contra legem factum dijudicari nequit, quod justam, et commodam ex boni viri arbitrio interpretationem admittit (1); nec facile animus leges fraudandi praesumendus est, videri non debet in fraudem legis scriptum testamentum, quo mater plus reliquerit filiis posterioris matrimonii, quam primi, quamvis mariti consensus in testamento mulieris adhibitus proponatur; hic enim potius bonam fidem arguit, si palam fuerit exquisitus (2).

(1) *Argum. l. Cum post divortium 69. §. Gener a socero 4. ff. de jur. dot.* (23. 3.), *Fab. d. def. 9. num. 8. in corpore.*

(2) *Quae enim palam fiunt, suspicionem doli non habent. Argum. cap. Cum inter 2. extra qui filii sint legitimi.* (4. 17.)

§. 1197.

2. Nec doli suspicio inde oritur, quod expressum in testamento sit, plus fuisse filiis secundi matrimonii relictum, quam primi, propter caussas ipsis parentibus cognitas; quia caussae hae liberis odiosae esse possunt, atque ideo satius est, illas reticere, quam publice propalare (1).

(1) *Culpae enim, aut dolo adscribi non debet, quod quis facit, vel omittit, ut alteri prosit.*

§. 1198.

Gravior quidem infertur suspicio ex institutione filiorum in arbitrium viri collata. Verum haec cessare videtur, si non ipsa institutionis substantia, sed tantum dotis filiabus praestandae quantitas patri definienda relicta fuerit; pater enim filiis prae naturali charitate convenienter prospecturus semper praesumendus est (1).

(1) *L. Amicissimos* 36. *ff. de excus.* (27. 1.)

§. 1199.

Idem ferri judicium debet de exclusione filiorum primi matrimonii a substitutione; tum quia regulariter substitutio haec effectum tantum est habitura post patris mortem, cui consequenter profutura non censetur; tum quia exclusio haec optimis rationibus inniti potest, non ut patri faveatur (1). Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

(1) *Quare non ita interpretanda est, ut fraus legi facta dicatur.* §. 1196.

§. 1200.

Denique nec contra legem peccatum dicimus in ea specie, qua viro data facultas sit, hereditaria ipsius matris bona alienandi, si adjectum sit onus pretii favore filiorum reinvestiendi: cum hinc nullum emolumentum patri accedat (1).

(1) *Per hanc enim facultatem patri tributam id potius agitur, ut liberorum commodo prospiciatur, quorum favore optimum consilium pater capturus praesumitur. D. l. Amicissimos* 36. *ff. de excusat.*

§. 1201.

Hinc patet, quid juris sit in altera quaestione, utrum binubus parens prohibeatur, plus relinquere filiis secundi conjugis ex alio matrimonio progenitis; seu an noverca, vel vitricus possint, plus relinquere, vel donare privignis suis: scilicet non aliter liberalitas in eos collata, quae filialem excedit portionem, irrita habenda est, quam si apertissime probetur, non privignorum contemplatione facta, sed patris, ad quem lucrum per eos perventurum sit; siquidem neque hic ulla lex afferri potest, quae aliud sanciat. Fatendum tamen est, majorem fraudis suspicionem in hac specie inesse: cum vix credibile sit, vitricum, vel novercam privignos magis diligere, quam proprios filios.

Quaestio IV.

Quomodo aestimanda sit filialis secundi conjugis portio.

SUMMARIA.

Indicantur diversa capita, de quibus hic controversia moveri potest. §. 1202.

Prius legitima filiorum deducenda non est, ut sciatur, quae esse debeat filialis secundi conjugis portio. §. 1203.

Legitima quidem jure naturae debetur, non tamen loco aeris alieni est. §. 1204.

Si parens binubus uni ex liberis priori tori minus reliquerit, quam ei jure legitimae debitum sit, quidam putant, supplendam hujus legitimam ex eo, quod adimitur conjugi. Alii sentiunt, ex tota hereditate legitimam supplendam esse. §. 1205.

Qui tuentur postremam sententiam, ajunt, ex legum sanctione inter liberos aequaliter dividi, quod secundo conjugi adimitur, sine ulla distinctione: adeoque jure potius singulari a lege inducto, quam successionis, aut accrescendi. §. 1206.

Addunt, supplementum legitimae oneri esse singulorum heredum, cujscumque generis sint, pro hereditaria portione. §. 1207.

Qui supplendam prius legitimam censent, nituntur consuetudini in foro receptae, quae ea ratione defendi potest, quod quaestio haec dirimenda non sit ex generalibus juris principiis, sed ex singulari jure hic inducto, quo nulli datum censetur, quod plus conjugi relictum est. §. 1208.

Si alicui ex filiis minus legitima relictum sit, portio filialis conjugis ea est, quae legitimae filiorum respondet. §. 1209.

Leges quidem plus relinqui prohibent secundo conjugi, quam uni ex liberis prioris tori; sed de jure, non de facto intelligendae sunt. §. 1210.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9

Idem jus est, cum unus ex liberis praeteritus fuit, vel exheredatus: sive justa, sive injusta praeteritio sit, aut exheredatio. §. 1211.

Quid si filii legitimae renuncient? §. 1212.

Si unicus filius inique exheredatus fuerit, vel omnes injuria exheredati, et conjux ex asse institutus sit, possunt liberi, testamentum infirmare per querelam inofficiosi: et a vitrico, vel noverca totam hereditatem repetere. §. 1213.

Cum justa est exheredatio, ad secundum conjugem tota pertinet hereditas; perinde ac si nulli liberi essent. §. 1214.

Confirmatur sententia haec ex legibus, quae ingratos filios ab hoc lucro excludunt. §. 1215.

Si parens filium dumtaxat in legitima instituerit, nepotes in reliquo, et jusserit, ut conjugi ea portio detur, quam leges permittunt, filialis conjugis portio ex legitima filio data dimetienda est. § 1216.

Si pater liberis prioris tori inter vivos jam partem suam assignaverit, et postea in reliquis bonis pariter instituerit, utramque quantitatem simul jungendam putant aliqui, ut definiatur portio filialis conjugis. §. 1217.

Sentiunt alii, donata inter vivos non esse conferenda; quia irrevocabiliter filiis quaesita sunt, et filialis portio ex tempore mortis aestimatur. §. 1218.

Excipiunt casum, quo pactis dotalibus conjux secunda ex bonis viri portionem filialem sibi fuerit stipulata. §. 1219

Defunctis omnibus filiis, ut tantum supersint nepotes, filialis portio conjugis ex eo aestimatur, quod ad integram unam stirpem nepotum ex bonis binubi avi pervenit. §. 1220.

In portionis filialis ratione ineunda inspicitur mortis tempus, tum in numero liberorum, tum in quantitate patrimonii. §. 1221.

Crescere ergo, vel minui potest filialis conjugis portio, prout crescet, vel minuetur patrimonium, vel numerus liberorum. §. 1222.

Fructus a secundo conjuge percepti restituuntur a die mortis. §. 1223.

Consentiunt omnes, onus incumbere filiis, ut probent, immoderatam fuisse binubi conjugis liberalitatem. §. 1224.

Inaequalitas induci potest, si filiorum pars magis gravata sit aere alieno. §. 1225.

§. 1202.

In hac, de aestimanda conjugis parte filiali, quaestione plurima sunt, de quibus dubitari potest: 1. An legitima filiorum prius deducenda sit; sive legitima fuerit filiis relicta, sive alicui, vel etiam omnibus minus legitima fuerit relictum. 2. Quid si aliquis praeteritus sit ex filiis, vel exheredatus, vel etiam omnes exheredati sint. 3. Quid juris, si, filio in sola legitima instituto, nepotes ad reliqua defuncti bona vocati sint. 4. Quid si ante secundas nuptias alter parens jam congruam ex suo patrimonio filiis portionem assignasset. 5. Quomodo filialis portio aestimanda sit in nepotibus. 6. Quod tempus inspici debeat in aestimanda filiali portione. 7. An fructus portionis excedentis in conjuge ab alterius morte restituendi sint. 8. Cui probandum incumbat, plus aequo secundo conjugi relictum fuisse.

§. 1203.

Prima ergo quaestio est, an legitima filiorum prius deducenda sit, ut sciatur, quaenam esse debeat filialis portio conjugis; an vero, quod legitimae jure filiis debitum est, etiam in ipsorum partem imputetur, ut inde statuatur cujusque filii portio, cui secundi conjugis pars respondere debet, quin eam excedere possit. Qua in re legitimam filiorum prius deducendam non esse, vulgo traditur; leges enim eo tantum respexerunt, ut aequalis sit cujusque filii portio cum portione vitrici (1): hoc autem obtinetur, si calculus ineatur filialis portionis, quin prius legitima filiorum deducatur.

(1) *D. l. Hac edictali* 6. *cod. hoc tit.*, *d. Novell.* 22. *cap. Optime vero* 27. *Unus tamen casus est, quo legitimam prius deducendam placuit: nempe cum agitur de lucro dotis, quod vir habet, si mulier sine liberis decedat. Thes. dec.* 184. *num.* 5. † *Sed haec obtinent inspecta generali consuetudine hujus patriae; attento enim Taurinensi statuto legitima prius non deducitur. Thes. d. dec.* 184. *in addit. litera* B. †; *adeoque vir pro lucro dotis virilem partem habet cum liberis prioris matrimonii.*

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

§. 1204.

Neque nocet, legitimam omnino filiis debitam esse ex legum sanctione: ut a parentibus filii ea privari nequeant; hinc enim consequens non est, liberorum legitimam loco aeris alieni computandam, ut ex eo patet, quod legitima sit pars bonorum, atque nonnisi deducto aere alieno percipiatur, ejusque quantitas aestimetur (1).

(1) *L. Papinianus* 8. §. *Quarta* 9. *ff. de inoffic. testam* (5. 2.), *juncta l. Subsignatum* 39. §. 1. *ff. de verb. signif.*

§. 1205.

Unus tamen est casus, quo acriter disputatur, utrum prius legitima filiis danda sit, quam filialis conjugis secundi portio aestimetur; cum nempe parens binubus uni ex liberis prioris matrimonii minus reliquerit, quam ei legitimae jure debeatur. Sunt, qui putant ex eo, quod conjugi secundo adimitur, prius supplendam esse legitimam filii: deinde, quod superest aequaliter dividendum esse inter liberos primi matrimonii. Aliis contra placet, legitimam non ex eo solo supplendam esse, quod secundo conjugi supra modum relictum est, sed omnes, et singulos heredes, pro portione hereditaria concurrere, debere, ad supplendam legitimam; quod autem secundo conjugi adimitur, aequaliter inter omnes liberos dividendum arbitrantur.

§. 1206.

Qui postremam tuentur sententiam, legum auctoritatem proferunt, quibus indistincte statuitur, ut lucrum, quod conjugi secundo adimitur, singulis prioris matrimonii liberis aequaliter cedat, et inter ipsos aequaliter dividatur; nec distinguunt inter casum, quo prioris matrimonii liberi aequaliter sint instituti, et alium, quo inaequalis portio alicui fuerit relicta (1). Ergo hujusmodi emolumentum filiis acquiritur, non jure successionis, aut jure accrescendi, in quibus habetur ratio hereditariae cujusque heredis portionis, sed potius jure quodam singulari a lege specialiter inducto filiorum favore, quorum parentes ad ulteriores nuptias transierunt. Ergo indistincte eadem lucri pars favore singulorum filiorum cedere debet.

(1) *Siu vero plus, quam statutum est, aliquid novercae, vel vitrico relictum, vel donatum, aut datum fuerit, id, quod plus relictum, vel donatum, aut datum fuerit, tamquam non scriptum, neque derelictum, vel donatum, aut datum sit, ad personas deferri liberorum, et, inter eos dividi, jubemus. D. l. Hac edictali* 6. *in fine princ.*

§. 1207.

Addunt, supplementum legitimae oneri esse singulorum heredum pro hereditaria portione, ad quod consequenter tenentur non solum liberi prioris tori, sed et posterioris, quin et extranei, si et ipsi heredes sint instituti, et quidem singuli pro parte hereditaria (1): atque inde colligunt, quod plus conjugi relictum est, aequaliter inter singulos liberos esse dividendum.

(1) *L. Omnimodo testatorum* 30., *l.* 34. *cod. de inoff. testam.* (3. 28.), *Novell.* 115. *cap. Haec autem disposuimus* 5. *in princ.*

§. 1208.

Qui vero priori adhaerent sententiae, consuetudinem in foro receptam adducunt, quae eo niti potest fundamento, quod quaestio haec, non ex generalibus juris regulis, quibus modus statuitur, quo legitima supplenda sit, dirimi debeat, sed ex singulari jure in hac materia, quae singularis est, constituto; cum enim, quod plus conjugi relictum

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

est, tamquam nec scriptum, nec donatum habendum sit (1); adeoque considerari possit, tanquam pars nulli adscripta, congruentius videtur, ut hine potius legitima suppleatur, quam ex bonis, quae alicui testator adscripsit: atque hanc sententiam amplexus est Sabaudus Senatus (2).

(1) *D. l. Hac edictali 6. versic Sin vero plus cod. hoc tit.*
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib. 5. tit. 5. def. 6.*

§. 1209.

Altera huic affinis quaestio est, quid juris in taxanda conjugis filiali portione, si alicui ex filiis minus legitima relictum sit. Atque hic communis est omnium sententia, secundo conjugi deberi portionem, quae legitimae filiorum respondeat, non quae aequalis sit ei ex filiis, cui minus legitima relictum est; hoc enim aperte indicare videntur Imperatores, dum novercae, vel vitrico plus relinqui non posse, quam uni ex filiis relictum sit, praescribentes, addunt quartam partem, eujus nomine legitima designatur, quae liberis secundum leges debetur, nullo modo esse minuendam (1).

(1) *Ita tamen, ut quarta pars, quae eisdem liberis debetur ex legibus, nullo modo minuatur; nisi ex his caussis, quae de inofficioso excludunt querelam. D. l. Hac edictali 6. cod. hoc tit., d. Novell. 22. cap. Optime vero 27. versic. Quippe dudum, Fab. cod. hoc tit. lib. 5. tit. 5. def. 3.*

§. 1210.

Atque hinc solvitur difficultas, quae erui posset ex iis legis verbis, quibus binubo prohibetur, ne secundo conjugi plus donet, aut relinquat, quam uni ex liberis prioris matrimonii, cui minimum relictum fuerit (1); haec enim verba, non de facto, sed de jure accipienda sunt, quasi dixerint Imperatores, non cui minimum relictum fuerit, sed cui minimum relinqui potuerit: ut demonstrant sequentia verba, quibus praecipiunt, ut salva sit liberis legitima, quemadmodum leges sanciunt.

(1) *D. l. 6. cod. hoc tit. vers. Quod. si plures.*

§. 1211.

Quod de hac specie diximus, idem tenendum, si unus ex liberis praeteritus, aut exheredatus fuerit, itaut etiam in hoc casu secundus conjux portionem, quae legitimam filiorum adaequat, capere possit; tum quia hic militat mox proposita ratio; tum quia aequitas idem postulat: vel enim juste fuerunt praeteriti liberi, aut exheredati, vel injuste. Si juste exheredatos concipiamus, iniquum esse nemo inficiabitur, novercam, vel vitricum ex crimine filiorum poenam sustinere, quae suum debet tenere auctorem (1). Quod si eos inique exheredatos fingamus, sane jus habebunt ad petendam legitimam, vel nullum dicendum testamentum, si praeteriti fuerint. Unde sequitur, legitimam ipsis in utraque specie deberi, cui aequalis esse possit secundi conjugis portio.

(1) *L. Sancimus 22. cod. de poen. (9. 47.), l. Crimen 26. ff. eod. tit. (48. 19.)*

§. 1212.

Neque deterioris erit conditionis secundus conjux, quamvis juri sibi competenti ad legitimam filii sponte renuncient; renunciatio siquidem ipsis nocebit, non autem vitrico, vel novercae, qui jus suum ex filiorum voluntate non dimetiuntur.

§. 1213.

Sed quid statuendum, si unicus filius exheredatus sit, vel omnes, cum plures essent, exheredati proponantur, atque secundus conjux ex asse sit institutus? Distingui debet in hac specie utrum injuria, an jure sint exheredati. Si iniqua exheredatio fingatur, certum videtur, liberos posse per querelam inofficiosi institutionem infirmare, et a vitrico, vel noverca repetere, quidquid binubus conjux ei reliquit; cum enim remedium hoc liberis inique exheredatis Romano jure competat, etiam adversus extraneos, quibus pater, legitima filiorum excepta, totam hereditatem relinquere non prohibetur (1), nulla ratio est, cur privignis contra vitricum, et novercam hujusmodi legum auxilium denegetur:

imo potiori ratione est concedendum, contra eas personas, quibus certa tantum pars relinqui potest.

(1) *L. Omnimodo* 30., *l.* 34. *cod. de inoffic. testam.* (3. 28.), *Novell.* 115. *cap. Haec autem* 5.

§. 1214.

Quod si justa sit exheredationis caussa; atque ideo cesset inofficiosi querela, ad secundum conjugem ex asse institutum universa pertinebit hereditas, perinde ac si binubus nullos liberos superstites haberet; cum enim filii justa caussa exheredati pro mortuis habeantur, quantum ad successionem (1), perinde est, ac si nulli liberi superessent: quo casu certum est, secundum conjugem totam hereditatem capere posse.

(1) *Exheredatus . . . pro mortuo habetur. L.* 1. §. *Sed et si patruus* 5. *ff. de conjung. cum emancipato liberis ejus.* (37. 8.)

§. 1215.

His addatur, ex Imperatorum sanctionibus ingratos liberos ab hujusmodi lucro arceri (1). Si ergo omnes ingrati fingantur, nulli supererunt, quorum favore lex secundo conjugi auferat, quod ipsi relictum est.

(1) *D. l. Hac edictali* 6. *cod. hoc tit.*, *d. Novell.* 22. *cap. Optime vero* 27. *versic. Tales namque. V.* §. 1146.

§. 1216.

Tertia succedit quaestio, quomodo aestimanda sit filialis secundi conjugis portio, si tantum parens, ob perditos filii mores, eum tantum in legitima instituerit, nepotes vero in reliquo heredes fecerit; et simul jusserit, ut conjugi ea portio detur, quam leges permittunt. Illane ex legitima filio relicta, an ex parte, quam nepotes habent, aestimanda erit? Rectius dicitur, ex legitima filio data dimetiendam esse; quae enim nepotibus relicta sunt, tamquam in extraneos collata, censeri debent; cum avus, qui filium habet superstitem, nihil nepotibus debeat.

§. 1217.

Difficilior solutu ea videtur quaestio, qua disputatur, quaenam sit filialis conjugis portio in eo casu, quo pater liberis prioris matrimonii inter vivos jam partem suam assignaverit, atque postea in reliquis bonis pariter instituerit. Quibusdam placet, simul jungendam esse utramque quantitatem, quam filii, tum liberalitate patris inter vivos, tum testamentaria dispositione habuerunt: atque haec sententia legibus niti videtur, quae prohibent tantum, ne conjugi binubus plus donet, vel relinquat, quam uni ex filiis dederit, vel reliquerit (1).

(1) *D. l. Hac edictali* 6. *versic. Sin autem cod. hoc tit.*

§. 1218.

Contra sentiunt alii, ea, quae liberis prius irrevocabiliter data sunt, non esse conferenda cum iis, quae testamento relinquuntur; quia bona liberis donata pleno jure jam ipsis acquisita sint, adeoque augere non possint portionem, quae iisdem liberis testamento relinquitur; maxime cum in aestimanda filiorum portione tempus mortis inspici, velint leges (1).

(1) *D. Novell.* 22. *cap. Quia vero* 28., *Fab. cod. hoc tit. lib.* 5. *tit.* 5. *def.* 11.

§. 1219.

Excipiunt casum, quo pactis dotalibus secunda conjux ex bonis mariti binubi portionem filialem sibi fuerit stipulata, atque postea pater immoderatam bonorum portionem filiis assignaverit; tunc enim putant, rationem horum bonorum habendam esse, ut conjugi portio, de qua conventum fuit, integra servetur; prospici enim filiis, postulavit quidem aequitas, ne vitricus aut noverca majorem, quam ipsi, partem acciperet, sed et novercae consulendum aequitas vult, ne bonis, legitima conventione quaesitis, temere privetur.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

est, tamquam nec scriptum, nec donatum habendum sit (1); adeoque considerari possit, tanquam pars nulli adscripta, congruentius videtur, ut hinc potius legitima suppleatur, quam ex bonis, quae alicui testator adscripsit: atque hanc sententiam amplexus est Sabaudus Senatus (2).

(1) *D. l. Hac edictali* 6. *versic Sin vero plus cod. hoc tit.*

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 5. *tit.* 5. *def.* 6.

§. 1209.

Altera huic affinia quaestio est, quid juris in taxanda conjugis filiali portione, si alicui ex filiis minus legitima relictum sit. Atque hic communis est omnium sententia, secundo conjugi deberi portionem, quae legitimae filiorum respondeat, non quae aequalis sit ei ex filiis, cui minus legitima relictum est; hoc enim aperte indicare videntur Imperatores. dum novercae, vel vitrico plus relinqui non posse, quam uni ex filiis relictum sit, praescribentes, addunt quartam partem, cujus nomine legitima designatur, quae liberis secundum leges debetur, nullo modo esse minuendam (1).

(1) *Ita tamen, ut quarta pars, quae eisdem liberis debetur ex legibus, nullo modo minuatur; nisi ex his caussis, quae de inofficioso excludunt querelam. D. l. Hac edictali* 6. *cod. hoc tit., d. Novell.* 22. *cap. Optime vero* 27. *versic. Quippe dudum, Fab. cod. hoc tit. lib.* 5. *tit.* 5. *def.* 3.

§. 1210.

Atque hinc solvitur difficultas, quae erui posset ex iis legis verbis, quibus binubo prohibetur, ne secundo conjugi plus donet, aut relinquat, quam uni ex liberis prioris matrimonii, cui minimum relictum fuerit (1); haec enim verba, non de facto, sed de jure accipienda sunt, quasi dixerint Imperatores, non cui minimum relictum fuerit, sed cui minimum relinqui potuerit: ut demonstrant sequentia verba, quibus praecipiunt, ut salva sit liberis legitima, quemadmodum leges sanciunt.

(1) *D. l.* 6. *cod. hoc tit. vers. Quod. si plures.*

§. 1211.

Quod de hac specie diximus, idem tenendum, si unus ex liberis praeteritus, aut exheredatus fuerit, itaut etiam in hoc casu secundus conjux portionem, quae legitimam filiorum adaequat, capere possit; tum quia hic militat mox proposita ratio; tum quia aequitas idem postulat: vel enim juste fuerunt praeteriti liberi, aut exheredati, vel injuste. Si juste exheredatos concipiamus, iniquum esse nemo inficiabitur, novercam, vel vitricum ex crimine filiorum poenam sustinere, quae suum debet tenere auctorem (1). Quod si eos inique exheredatos fingamus, sane jus habebunt ad petendam legitimam, vel nullum dicendum testamentum, si praeteriti fuerint. Unde sequitur, legitimam ipsis in utraque specie deberi, cui aequalis esse possit secundi conjugis portio.

(1) *L. Sancimus* 22. *cod. de poen.* (9. 47.), *l. Crimen* 26. *ff. eod. tit.* (48. 19.)

§. 1212.

Neque deterioris erit conditionis secundus conjux, quamvis juri sibi competenti ad legitimam filii sponte renuncient; renunciatio siquidem ipsis nocebit, non autem vitrico, vel novercae, qui jus suum ex filiorum voluntate non dimetiuntur.

§. 1213.

Sed quid statuendum, si unicus filius exheredatus sit, vel omnes, cum plures essent, exheredati proponantur, atque secundus conjux ex asse sit institutus? Distingui debet in hac specie utrum injuria, an jure sint exheredati. Si iniqua exheredatio fingatur, certum videtur, liberos posse per querelam inofficiosi institutionem infirmare, et a vitrico, vel noverca repetere, quidquid binubus conjux ei reliquit; cum enim remedium hoc liberis inique exheredatis Romano jure competat, etiam adversus extraneos, quibus pater, legitima filiorum excepta, totam hereditatem relinquere non prohibetur (1), nulla ratio est, cur privignis contra vitricum, et novercam hujusmodi legum auxilium denegetur:

imo potiori ratione est concedendum, contra eas personas, quibus certa tantum pars relinqui potest.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2 Cod. l. 5. tit. 9.

(1) *L. Omnimodo* 30., *l.* 34. *cod. de inoffic. testam.* (3. 28.), *Novell.* 115. *cap. Haec autem* 5.

§. 1214.

Quod si justa sit exheredationis caussa; atque ideo cesset inofficiosi querela, ad secundum conjugem ex asse institutum universa pertinebit hereditas, perinde ac si binubus nullos liberos superstites haberet; cum enim filii justa caussa exheredati pro mortuis habeantur, quantum ad successionem (1), perinde est, ac si nulli liberi superessent: quo casu certum est, secundum conjugem totam hereditatem capere posse.

(1) *Exheredatus . . . pro mortuo habetur. L.* 1. §. *Sed et si patruus* 5. *ff. de conjung. cum emancipato liberis ejus.* (37. 8.)

§. 1215.

His addatur, ex Imperatorum sanctionibus ingratos liberos ab hujusmodi lucro arceri (1). Si ergo omnes ingrati fingantur, nulli supererunt, quorum favore lex secundo conjugi auferat, quod ipsi relictum est.

(1) *D. l. Hac edictali* 6. *cod. hoc tit., d. Novell.* 22. *cap. Optime vero* 27. *versic. Tales namque. V.* §. 1146.

§. 1216.

Tertia succedit quaestio, quomodo aestimanda sit filialis secundi conjugis portio, si tantum parens, ob perditos filii mores, eum tantum in legitima instituerit, nepotes vero in reliquo heredes fecerit; et simul jusserit, ut conjugi ea portio detur, quam leges permittunt. Illane ex legitima filio relicta, an ex parte, quam nepotes habent, aestimanda erit? Rectius dicitur, ex legitima filio data dimetiendam esse; quae enim nepotibus relicta sunt, tamquam in extraneos collata, censeri debent; cum avus, qui filium habet superstitem, nihil nepotibus debeat.

§. 1217.

Difficilior solutu ea videtur quaestio, qua disputatur, quaenam sit filialis conjugis portio in eo casu, quo pater liberis prioris matrimonii inter vivos jam partem suam assignaverit, atque postea in reliquis bonis pariter instituerit. Quibusdam placet, simul jungendam esse utramque quantitatem, quam filii, tum liberalitate patris inter vivos, tum testamentaria dispositione habuerunt: atque haec sententia legibus niti videtur, quae prohibent tantum, ne conjugi binubus plus donet, vel relinquat, quam uni ex filiis dederit, vel reliquerit (1).

(1) *D. l. Hac edictali* 6. *versic. Sin autem cod. hoc tit.*

§. 1218.

Contra sentiunt alii, ea, quae liberis prius irrevocabiliter data sunt, non esse conferenda cum iis, quae testamento relinquuntur; quia bona liberis donata pleno jure jam ipsis acquisita sint, adeoque augere non possint portionem, quae iisdem liberis testamento relinquitur; maxime cum in aestimanda filiorum portione tempus mortis inspici, velint leges (1).

(1) *D. Novell.* 22. *cap. Quia vero* 28., *Fab. cod. hoc tit. lib.* 5. *tit.* 5. *def.* 11.

§. 1219.

Excipiunt casum, quo pactis dotalibus secunda conjux ex bonis mariti binubi portionem filialem sibi fuerit stipulata, atque postea pater immoderatam bonorum portionem filiis assignaverit; tunc enim putant, rationem horum bonorum habendam esse, ut conjugi portio, de qua cum ventum fuit, integra servetur; prospici enim filiis, postulavit quidem aequitas, ne vitricus aut noverca majorem, quam ipsi, partem acciperet, sed et novercae consulendum aequitas vult, ne bonis, legitima conventione quaesitis, temere privetur.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23 tit. 2. Cod. l. 5 tit. 9.

§. 1220.

Filiis omnibus mortuis, si soli supersint nepotes, quorum etiam rationem habendam leges volunt (1), filialis conjugis portio non ex eo aestimatur, quod singulis nepotibus relictum fuerit, sed quod ad integram unam stirpem nepotum ex bonis binubi svi pervenerit; cum nepotes ad hoc lucrum non veniant jure proprio, sed jure repraesentationis (§. 1150.); sicut et ad legitimam, sive cum suis patruis concurrant, sive soli sint (2).

(1) *D. l. Hac edictali 6. vers. Quam observationem, d. Novell. 22. cap. 27. vers. Hoc idem observando.*

(2) *§. Cum filius 6. instit. de heredit., quae ab intestato deferuntur.* (3. 1.)

§. 1221.

Quod pertinet ad tempus, quo ineunda sit portionis filialis ratio, Justinianus constituit, non tempus secundi matrimonii, aut donationis, aut testamenti conditi esse inspiciendum, sed mortis (1); quod observandum est tum in numero liberorum, tum in quantitate patrimonii: et merito, sive enim testamento relictum fuerit conjugi secundo, sive liberalitas inter vivos facta sit, nonnisi a die mortis haec effectum suum sortiuntur; cum donationes ipsae inter conjuges prohibitae sola morte in certis casibus confirmentur (2).

(1) *Unde ut non circa hoc erremus, tempus illud considerandum est, secundum quod binubus moritur, et portio inde sumenda: et secundum eam id, quod plus est, contemplantes auferre, quod transcendit oportet, et filiis applicare. D. Novell. 22. cap. Quia vero 28., Fab. cod. lib. 5. tit. 5. def. 11.*

(2) *D. l. Hac edictali 6. cod. hoc tit.*

§. 1222.

Hinc crescere, vel minui potest filialis conjugis portio, prout augmentum, vel decrementum recipiet patrimonii quantitas, vel liberorum. Quare revocabitur, quod conjugi donatum est, quamvis donationis tempore non excedat modum a lege praestitutum, si ob aes alienum postea contractum, vel alio casu imminutis mariti facultatibus mortis tempore plus donatum appareat conjugi, quam uni ex liberis (1).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 5. tit. 5. def. 11.*

§. 1223.

Fructus a vitrico, vel noverca restituendos esse, apud omnes constat (1). Sed dissentiunt, utrum a die mortis praedefuncti conjugis restituendi sint, an potius a die interpellationis ad restituendum. Aliqui distinguunt inter possessorem bonae, et malae fidei. Alii restituendos putant a die mortis; quia, cum nulla ipso jure sit liberalitas a binubo in secundum conjugem collata, itaut pro non facta, aut non scripta habeatur (2), nullo titulo retineri, posse, videantur fructus a vitrico, vel noverca: nec unquam bona fides esse (3).

(1) *Juxta generales juris regulas; ex aliena enim re percepti sunt. §. Si quis a non domino 35 instit. de rerum divis.*

(2) *D. l. Hac edictali 6. cod. hoc tit. vers. Sin vero plus.*

(3) *In dubio quidem potius favore filiorum respondendum est contra vitricum, vel novercam; ad illos enim naturali quodam jure parentum bona transferuntur.*

§. 1224.

Sed consentiunt quoque, onus probandi incumbere ei, qui immoderatam asserit binubi conjugis liberalitatem, adeoque filiis primi matrimonii; tum quia in dubio nemo, contra leges peccasse, credendus est (1); tum quia, qui plus donatum dicit, actoris partibus fungitur: adeoque probationis onus ipse sustinere debet (2).

(1) *L. Cum donationibus 6. cum duabus seqq. cod. de inoffic. donation.* (3. 29.)

(2) *L. Actor 23. cod. de probationibus, l. Ei incumbit 2. ff. eod. tit.* (23. 3.), *Fab. cod. lib. 5. tit. 5. def. 10.*

§. 1225.

Unum hic superest animadvertendum, scilicet inaequalitatem induci posse inter vitricum, vel novercam, et filios prioris matrimonii, quamvis omnes aequis portionibus fuerint instituti, si filiorum pars magis gravata sit aere alieno (1); non enim ex sola portionis assignatione aestimanda aequalitas est, sed potius ex ejus emolumento.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

(1) *Fab. cod. eod. tit. def.* 12.

QUAESTIO V.

Quae imputentur in filialem secundi conjugis portionem.

SUMMARIA.

Imputantur quaecumque, binubus in secundum conjugem transtulit per institutionem, legatum, vel donationem; qua et donata inter virum, et uxorem continentur, et quae dotis, aut donationis ante nuptias titulo tradi possunt. §. 1226.

Continentur et jocalia, gemmae, quae ante nuptias sponsae dari solent; quia contemplatione matrimonii dantur. §. 1227.

Item ea, quorum usus pretio aestimatur, quamvis fructus non pariant, veluti supellex, servitus. §. 1228.

Sed non imputatur donatio remuneratoria, quae donationi propter nuptias successit, quam nos augmentum obnuptiale dicimus; nec proprie liberalitas est. §. 1229.

Imputatur ususfructus, cujus tamen loco secundus conjux non tenetur, accipere proprietatem, si contra leges peccatum non sit. §. 1230. *et* 1231.

Computatio ususfructus testamento relicti eodem modo fit, ac in lege falcidia, inspecta videlicet aetate usufructuarii. §. 1232.

Legum sanctioni locus etiam est, cum secundae conjugi relictus sit ususfructus eorum bonorum, quae ad liberos secundi matrimonii pertinent. §. 1233.

Exceptio est, cum onus adjectum fuit, quo ejus quantitas, vel aestimatio minuatur. §. 1234.

Si pactis dotalibus filialis conjugis portio non fuerit determinata, cuicumque oneri subjici potest. §. 1235.

Si autem certa fuerit ejus conventa quantitas, distinguendum est, an directe, an indirecte minuatur. Non potest, directe minui contra pacta conventa. §. 1236.

Sed potest minui indirecte: puta si parens binubus alicui ex liberis prioris matrimonii minorem portionem reliquerit, quam conjugi spoponderat. §. 1237.

Pacta quidem conventa servanda sunt, sed ea tantum, quae nec ab initio, nec ex post facto legibus adversantur. Hic potius ex legis praescripto pacta violantur, quam ex alterius contrahentis persona. §. 1238.

§. 1226.

Jam pluries memoravimus, in filialem secundi conjugis portionem ea omnia imputanda esse, quae vir binubus in secundam uxorem contulerit, vel binuba in secundum virum, sive institutionis, aut legati titulo relictum, sive etiam inter vivos donatum fuerit. Iis autem, quae inter vivos donata sunt, non tantum contineri donationes inter conjuges, quae morte certis in casibus confirmantur, sed et quae dotis, aut ante nuptias donationis titulo tradi possent, apertissime indicant Imperatores (1).

(1) *In l. Hac edictali* 6. *cod. hoc tit.*

§. 1227.

Quoad jocalia, et gemmas, quae ante nuptias sponsae tradi solent, non ita certa res est:

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

verosimilius tamen videtur, ea etiam sanctione legis comprehendi; licet enim liberalitas haec matrimonium praecedat, atque hoc sensu dici possit, non a marito, sed a sponso quaesita; quia tamen haec tacite dantur sub matrimonii conditione, ejusque intuitu, itant eo non secuto sine culpa sponsi restituenda sint, videntur bona haec ex mariti liberalitate profecta, adeoque in filialem conjugis portionem computanda.

§. 1228.

Quin et hic eorum omnium habenda ratio est, quorum, licet in quantitate non consistant, nec fructus aliquis inde percipiatur, tamen usus pretio aestimari potest, veluti si supellex legetur, aut servitutis jus. Quare peritorum judicio haec erunt aestimanda, ut detractio in gratiam liberorum primi matrimonii fiat, si forte plus appareat, pervenisse ad secundum conjugem, quam ad ipsos.

§. 1229.

De donatione remuneratoria, qualis ea est, quae nuptiarum tempore fieri solet, quam nos dotale augmentum vocamus, quaeque jure consuetudinario successit donationi propter nuptias, a qua tamen in pluribus discrepat, non una est omnium sententia. Imputandam in filialem portionem aliqui arbitrantur: rectius alii eam excipiunt; tum quia proprie donatum non est, quod habuit compensationem, nec largitas, quam leges memorant, appellari potest (1); tum quia augmentum obnuptiale non ex libera conjugis praedefuncti voluntate profluit, sed ex legis vi, quam consuetudo imitatur (2).

(1) *D. l. Hac edictali* 6. *in princ.*, *d. Novell.* 22. *cap. Optime vero* 27. *in princ.*

(2) *Adeoque subjici non debet dispositioni d. l.* 6. *cod. hoc tit.*, *quae relicta, et donata ab altero conjuge tantum commemorat.*

§. 1230.

Si solus ususfructus relictus sit, nemini dubium, quin legum sanctioni subjaceat; neque enim fraus legi fit, et liberis damnum infertur, si amplior ususfructus portio secundo conjugi relinquatur. Quin et in hac specie probato excessu posse usumfructum a secundo conjuge auferri favore liberorum prioris matrimonii, praestita conjugi ea proprietatis portione, quae uni ex liberis relicta fuerit, cui minimum datum est, censent aliqui, quamvis proprietatem ususfructus loco accipere cogi non possit secundus conjux, si, contra leges peccatum edocere, liberi nequeant. Sed illorum sententia non aliter obtinere potest, quam si singularia rerum, et personarum gravissima adjuncta ita suadeant.

§. 1231.

Ratio autem, cur privari usufructu possit mulier, quae plus aequo a viro honorata sit, haec affertur, quod ex legibus eandem habere debeat portionem, quae relicta fuerit uni ex liberis prioris conjugii, qui minimum acceperit. Si ergo fingamus, duos esse liberos, quorum unus in centum aureis institutus sit, alter in quinquaginta; atque mulieri quingentorum datus sit ususfructus, quinquaginta aurei filio relicti novercae tradentur, quae, liberorum favore dimittere usumfructum, debebit.

§. 1232.

Porro modus, quo computatio ususfructus fieri debeat, ut cognosci possit, an plus conjugi relictum fuerit, quam uni ex liberis, idem observandus est, ac in computatione legis falcidiae: videlicet aetas ejus inspicitur, cui ususfructus relictus fuit (1).

(1) *Juxta l. Computationi* 68. *ff. ad l. falcid.* (35. 2.), *Fab. cod. de usufructu lib.* 3. *tit.* 23. *def.* 10. *Si vero ususfructus non ultima voluntate, sed ex contractu debeatur, ea computationis ratio servanda erit, quae traditur a Justiniano in l. Si quis argentum* 35. §. *Sin autem donator* 3. *cod. de donation.* (8. 54.), *ut nempe fiat computatio quindecim annorum, praestita tamen cautione de solvendo, quod plus debebitur, si in longius tempus vita protrahatur. Fab. d. def.* 10. *lib.* 3. *tit.* 23.

§. 1233.

Quin et legum dispositioni subjacere, censet Voet (1), eum casum, quo secundae con-

jugi eorum tantum bonorum ususfructus legatus sit, quae ad liberos secundi matrimonii pertinent, si plus in istis contineatur, quam in illis, quae uni ex liberis prioris matrimonii relicta sunt: veluti si fingamus unicum filium ex prioribus nuptiis, cui sola legitima relicta sit, plures vero ex secundis, quibus proprietatem nudam reliquorum bonorum binubus reliquerit, matre ad eorum usumfructum vocata; ratio est, quia, et in hac specie verum est, plus habituram mulierem, quam filios prioris tori.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2 Cod. l. 5. tit. 9.

(1) *Voet in pandect. de ritu nupt. num.* 120.

§. 1234.

Exceptio tamen est, cum onus aliquod conjugis portioni adjectum sit, quo ejus quantitas, vel aestimatio minuatur: puta si legata a conjuge praestanda binubus reliquerit, vel onus alendi liberos; non enim portio ipsa attendenda est, sed emolumentum, quod inde haberi potest. (§. 1225.)

§. 1235.

Unum adhuc superest expendendum, an filialis conjugis portio onere aliquo legati, vel fideicommissi onerari possit, et ita indirecte tolli, aut minui. Distingui debet, utrum pactis dotalibus ejus quantitas determinata sit, necne. In postrema specie nemini dubium, quin possit conjugis portio cuicumque oneri subjici; quippeque a libera conjugis praedefuncti voluntate provenit; cum nullo jure maritus uxorem instituere, ne in parte quidem, teneatur, maxime cum liberi supersunt.

§. 1236.

Sed si portio haec pactis dotalibus ad certam quantitatem fuerit determinata, iterum distinguendum est, an maritus directe, an indirecte eam minuere intendat; directe inquam, si eam legatis, vel singulari fideicommisso oneret: indirecte, si minorem quantitatem alicui ex liberis prioris conjugii reliquerit. Directe eam minuere, non licet; tum quia pacta quaecumque, modo nec bonis moribus, nec legibus adversentur, sunt custodienda (1); tum quia leges noluerunt quidem, novercam, vel vitricum melioris esse conditionis, quam liberos prioris matrimonii, sed neutiquam jusserunt, ut deterioris esse debeant.

(1) *L.* 1., *l. Juris gentium* 7. §. *Ait praetor* 7. *ff. de pactis.* (2. 14.)

§. 1237.

Verum, quod directe conjugi non est concedendum, nihil impedit quominus indirecte fiat (1). Si ergo binubus parens alicui ex liberis prioris matrimonii minorem portionem reliquerit, quam pactis dotalibus conjugi spoponderat, palam est, hujus portionem ita minuendam, ut respondeat portioni illius ex liberis, cui minimum relictum sit; hic enim de donatione ante nuptias agitur, in qua aequalitatem servandam leges decreverunt (2).

(1) *L. Si quis Sempronium* 68. *ff. de heredib. instituend.* (28. 5.), *l. Nonnunquam contingit* 52. *ff. de condit., et demonstration.* (35. 1.)

(2) *D. l. Hac edictali* 6. *cod. hoc tit., d. Novell.* 22. *cap. Optime vero* 27.

§. 1238.

Neque objiciatur, contractus legitime initos servandos esse, neque alteri ex contrahentibus permittendum, ut quacumque ratione eos infringat in alterius damnum; ea namque dumtaxat pacta servanda sunt, quae legibus non deprehenduntur contraria (1): sive talia fuerint ab initio, sive postea facta sint; cum jus publicum privatorum placitis potius esse debeat. Neque hic, si proprie loqui velimus, pacti violatio contingit ex alterius contrahentis persona, sed ex legum praescripto, quae non patiuntur, ut noverca, titulo etiam donationis ante nuptias, majorem accipiat ex bonis binubi viri portionem, quam liberi prioris matrimonii habuerint.

(1) *D. l.* 7. §. 7. *ff. de pactis.*

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

ARTICULUS III.

De privatione tutelae odio binubi parentis.

SUMMARIA.

Binuba mulier statim tutela privatur filiorum, quorum negligit charitatem: et vitrici bona pro tutelae rationibus obligata sunt; etiam pro futura administratione. §. 1239.

Mater tutelam eligens filiorum renunciare debet, hodie sine jurejurando, secundis nuptiis, et Vellejani Senatusconsulti auxilio. §. 1240.

Excipitur mater tutrix testamentaria, quae perseverat in tutela, quamvis binuba sit. §. 1241.

Excipienda etiam, quae hanc facultatem a Principe impetravit, dummodo conditiones omnes a Principe praescriptae impleantur. §. 1242.

Binubae matri adhuc permitti potest filiorum educatio; cum et vitricus ipse tutor esse possit. § 1243.

Si tutelae prosecutionem binuba mater a Principe obtinuerit, facilius educatio, praecipuum tutoris officium, ipsi conceditur. §. 1244.

Mater tutrix, pendente lite secundo nubens, potest sola susceptam persequi defensionem, si contutores liti se non sistant. §. 1245.

§. 1239.

Tertia secundarum nuptiarum post annum luctus liberorum favore constituta poena ea est, qua illico mater impuberum filiorum tutela privatur (1): et merito; neque enim tutelae officio recte fungi mulier praesumenda est, quae per intemperantiam eorum negligit charitatem (2). Quare insuper constitutum, ut vitrici bona etiam tutelae rationibus sint obligata: nisi alius tutor fuerit ordinatus, tutelae rationes redditae, et reliqua persoluta (3); quod non tantum pro praeterita administratione, sed etiam pro futura obtinet, docent pragmatici (4) duplici ratione; tum quia postremus legislator indistincte loquitur (5); tum quia aequale est periculum injuriae, et dissipationis post nuptias: imo et majus, quam ante (6).

(1) *Sacramentum quidem non exigitur, sed contractis secundis nuptiis expelli eam a tutela convenit: salva minoribus omni alia (prout juris est) cautela. Auth. Sacramentum cod. Quando mulier officio tutelae* (5. 35.), *Novell.* 22. *cap. Si autem tutelam* 40., *Novell.* 94. *cap. Quia vero* 1. *in fine.*

(2) *D. Novell.* 22. *cap.* 40.

(3) *L.* 2. *cod. Quando mulier officio tutelae* (5. 35.), *l.* 6. *cod. In quib. caus. pign., vel hypotheca tacite contrahatur.* (8. 15.)

(4) *Non quidem ex legum verbis, sed ex earum sententia, et justa interpretatione.*

(5) *Non solum, quae ejus sunt, in hypotecam habere, lex permittit filiis, sed etiam mariti sustantiam trahit cum hypothecis. D. Novell.* 22 *cap.* 40.

(6) *Argum. l. Lex quae tutores* 22. *cod. de admin. tutorum.* (5. 37.)

§. 1240.

Hinc factum, ut mater, quae tutelam filiorum suorum eligit, renunciare, olim quidem jurejurando interposito, nunc vero simpliciter, remisso scilicet jurejurando ob periculum perjurii, renunciare, inquam, debeat secundis nuptiis, Senatusconsulto Vellejano, et omni legum auxilio (1).

(1) *D. Novell.* 94. *cap. Quia vero* 2.

§. 1241.

Excipitur mater tutrix testamento a praedefuncto conjuge designata; quamvis enim haec ad secunda vota transeat, non ideo a tutela erit repellenda, ut plures sentiunt, etsi alii contradicant; in hac enim specie non tantum praesumptio legis est matris favore, sed et concurrit testatoris approbatio; quo fit, ut permittenda adhuc sit ei filiorum tutela (1): praecipue si concurrat bona matris fama.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

(1) *Sed de hac re infra fusius dicemus suo loco.*

§. 1242.

Excipienda quoque est mulier, quae hanc facultatem a Principe impetraverit (1); cum enim Princeps supra jus civile sit, binubae matri tutelam permittere potest. Verum, ut Principis rescripto mater juvetur, conditiones omnes a Principe praescriptae diligenter implendae sunt. Quare beneficio Principis excidet mater, quae prius rationes non reddiderit, si ita decretum fuerit (2). Imo potest senatus statuere, quae ad indemnitatem pupilli pertinent (3).

(1) *Nec obstare potest matri, quae tutelae persecutionem a Principe obtinuit, quod in supplici libello ad rescriptum obtinendum non expresserit, quod ipsa vix post quadrimestre a morte mariti ad secundas nuptias festinasset; quia hodie sublata est omnis differentia nuptiarum intra, vel post annum luctus, ut supra demonstravimus.*

(2) *Haec enim conditio maximi momenti est: qua proinde non impleta merito deficere judicatur Principis concedentis voluntas. V.* §. 149. *et seqq.*

(3) *Veluti ut mater singulis annis rationes reddat, ab alienatione immobilium abstineat, et exactione pecuniarum (exceptis reditibus necessariis pro alimentis): nisi illas eodem tempore in utilem pupilli emptionem eroget. V.* §. 155. *et* 146.

§. 1243.

An autem binubae matri permittenda sit educatio filiorum, id pendet ex prudenti judicis arbitrio, inspectis qualitatibus personarum (1); cum enim etiam vitricus ipse tutor constitui possit, eique committi educatio pupilli (2), multo magis hoc binubae matri interdum permitti decet, nisi legitimae caussae aliud suadeant; quod opportunius infra expendemus.

(1) *L.* 1. *cod. Ubi pupilli educari debent.* (5. 49.)

(2) *L. ult. cod de contrario judicio tutel.* (5. 58.), *Fab. cod. ubi pupill. educ. debeat lib.* 5. *tit.* 30. *def. unic.*

§. 1244.

Sane, si tutelae prosecutionem a Principe binuba mater obtinuerit, vix dubium esse potest, quin et educatio committatur; tum quia pupilli educatio praecipua tutelae pars est, et primum officium tutoris, qui non rebus, sed personae principaliter datur (1); tum quia nemini magis convenit filiorum educatio, non obstante successionis spe, quae exteros quidem suspectos facere potest, non autem ipsam matrem.

(1) §. 1. *instit. de tutelis.* (1. 13.)

§. 1245.

Quin, etsi mater tutrix, quae pupilli in judicio jam defensionem susceperit, pendente lite ad secunda vota transeat, poterit susceptam persequi defensionem; quamvis alii quoque tutores fuerint nominati, si ipsi liti assistere nolint, vel non possint (1); matri enim praecipue congruit pupilli defensio ob singularem benevolentiam.

(1) *L. Decreto* 24. §. 1. *ff. de admin. et peric. tut.* (26. 7.), *l.* 1. *cod. Si ex plurib. tutorib.* (5. 40.). *Atque hinc non sine fundamento inferri potest, valere judicium cum matre tutrice agitatum, etiamsi actus tutelae fuerit post sententiam productus, si hoc non fuerit oppositum: imo etiamsi collatio tutelae non probaretur.*

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

ARTICULUS IV.

De privatione successionis odio binubi parentis, et relictorum sub conditione viduitatis.

SUMMARIA.

Binubi filiorum successione privantur, quorum curam per secundas nuptias negligunt. Expenditur diversitas juris in hac parte. §. 1246.

Jure vetere binuba ad legitimam filiorum hereditatem admittebatur, ut et meretrix. Jure codicis nubens intra annum luctus repellebatur etiam a testamentaria. §. 1247.

De muliere nubente post annum luctus, primo fuit constitutum, ut succederet quidem, sed tantum in usumfructum. §. 1248.

Postea reservatio proprietatis restricta est ad bona, quae ex paterna substantia ad filios pervenisset. §. 1249.

Demum Justinianus sanxit, ut matres ad filiorum hereditatem admitterentur una cum defuncti fratribus, quamvis jam binubae. §. 1250.

Post idem Imperator distinxit inter testamentariam, et legitimam successionem, ut in illa omnino cesset restitutio. §. 1251.

In successione intestata bonorum a patre profectorum solum usumfructum concessit, aliorum vero plenam proprietatem. §. 1252.

Privatur tamen mater filiorum successione, si secundas nuptias ineat, non petito tutore, vel non redditis rationibus, nec reliquis persolutis. §. 1253.

Idem jus est de iis, quae testator ipsi reliquit, cum testamento tutrix fuit designata, nec prius rationes reddiderit, reliqua solverit, et tutorem dari curaverit. §. 1254.

Sed, ut huic poenae locus sit, probandum est, susceptam fuisse a matre tutelam. §. 1255.

Extra poenam quoque est mater, quae festinandarum nuptiarum licentiam a Principe obtinuerit: nec cognatorum consensus hic exquirendus est, si ante contractas nuptias, vel post, filio tamen adhuc superstite, rescriptum impetretur. §. 1256.

Potest ergo mater etiam post contractas nuptias veniam a Principe consequi, si filius impubes nondum decesserit: quin et mater ad successionem admittitur, si filius pubes intestatus decedat. §. 1257.

Binuba, non petito tutore, nec redditis rationibus, retinet tamen legitimam, sive ejus usumfructum. §. 1258.

Ex specialibus adjunctis cessare potest binubae matris poena; maxime si filius nullum damnum passus sit; sed ejusdem utilitati adhuc mater prospexerit. §. 1259.

Matri, quae minor sit, succurritur per restitutionem in integrum §. 1260

Binuba olim non amittebat, quae relicta fuerant sub conditione viduitatis, modo jurejurando affirmaret, filiorum caussa se novas quaerere nuptias. §. 1261.

Justinianus hoc jus abrogavit, et simul constituit, ut haec intra annum peti nequeant, nisi certum esse incipiat, non posse a conjuge novas iniri nuptias: post annum vero praestanda est juratoria cautio (nisi a testatore remissa fuerit), et hypothecam in bonis matris Imperator concessit. §. 1262. *et* 1263.

Si de mobilibus agatur, eadem cautio, et hypotheca locum habent: imo fidejussor dari debet, si conjux solvendo non sit. §. 1264.

Quoad pecuniam jurare tenetur conjux se eandem restiturum, et usuras soluturum. §. 1265.

Si aurum relictum fuerit, nec conjugi credi possit, vel idonea non praestetur cautio, apud heredes manet, qui usuras solvunt, restituendas in casu secundi conjugii. §. 1266.

Idem jus constitutum est de rebus ab extraneo sub hac conditione relictis. §. 1267.

Ut heredibus tutius prospiceret Justinianus, rerum vindicationem dedit. §. 1268.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

Personas etiam demonstravit, quibus restitutio harum rerum facienda sit; distinctis pluribus facti speciebus, quae hic referuntur. §. 1269.

Binuba amittit privilegia omnia viri, quamvis liberi non supersint. §. 1270.

Poenae hactenus memoratae singulariter mulierem afficiunt, ea excepta, quae pertinet ad relicta sub lege continentiae. §. 1271.

Leges tamen contra iniquam patris administrationem filiis prospexerunt. Quare pater binubus cavere tenetur pro legatis filio sub conditione, aut in diem solvendis. §. 1272.

§. 1246.

Postrema secundarum nuptiarum poena in privatione successionis posita est; sequum enim legislatores arbitrati non sunt, ut commodum successionis binubi parentes haberent (1): atque mater potissimum, in liberorum bonis, quorum per secundas nuptias curam, etsi non omnino deserere, saltem negligere videntur. Sed, quis non eadem semper fuit legum sententia in hac materia, ut facilius innotescat, quid juris nunc sit observandum, opportunum est, varias, quae a diversis Imperatoribus latae fuerunt leges, summatim indicare.

(1) *Binubos parentes dicimus, ut indicemus, poenam hanc communem esse viro, et mulieri ex novissima Justiniani constitutione in Novell. 2. cap. Cum igitur 3. vers. Colligentes igitur.*

§. 1247.

In primis igitur jure vetere pandectarum mater binuba ad filiorum legitimam hereditatem admittebatur, quamvis meretrix fuisset (1). Jure codicis aliud constitutum est in ea muliere, quae intra annum luctus ad secundas nuptias transiret: itaut nullatenus admitteretur ad successionem testamentariam; ad legitimam vero non ultra tertium gradum (2).

(1) *Si mulier sit famosa, ad legitimam hereditatem liberorum admittetur. L. Sive ingenua sit mater 2. §. Si mulier 4. ff. Ad Senat. Consult. Tertyll.* (38. 17.)

(2) *L. 1. cod. hoc tit.*

§. 1248.

Quoad mulierem, quae post tempus luctui statutum aliud contraheret matrimonium, primo constituerant Imperatores Theodosius, Gratianus, et Valentinianus, ut successionem quidem obtineret filiorum, sed bona omnia ab iis habita, sive per testamentum, sive per legitimam successionem, indistincte filiis reservare teneretur; atque eorum tantum, dum viveret, usumfructum percipere posset (1).

(1) *L. Foeminae 3. §. 1. cod. hoc tit.*

§. 1249.

Postea Theodosius, et Valentinianus juniores decreverunt, ut mater binuba restitueret quidem bona filiorum profecta ex paterna substantia, quibus tantum uti frui posset toto vitae suae tempore: caeterorum vero bonorum ex filiorum intestata, vel testamentaria successione quaesitorum plenam binubae matri proprietatem concesserunt (1).

(1) *L. Mater 5. cod. ad Sen. Cons. Tertyll.* (6. 56.)

§. 1250.

Demum Justinianus iniquum putans, mulieres deterioris esse conditionis in hac successionis materia, quam viri sint, qui sine ullo onere restitutionis filiorum hereditates

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

obtinebant, quamvis ad secundas nuptias convolarent, sanxit, ut matres filiorum, sine liberis decedentium, una cum defuncti fratribus successionem acciperent; sive hereditas delata fuisset ante secundas matris nuptias, sive post, abrogatis legibus (1), quae contrarium quacumque ratione statuerant (2).

(1) *D. l. Foeminae* 3. *cod. hoc tit.*, *d. l. Mater* 5. *cod. ad Sen. Cons. Tertyll.*
(2) *Novell.* 2. *cap. Cum igitur* 3.

§. 1251.

Sed, nec hisce contentus Imperator, postquam mox laudatam constitutionem confirmavit (1), reduxit distinctionem inter successionem testamentariam, et ab intestato: atque constituit, ut in prima omnino cesset restitutio, quamvis bona illa ex paterna substantia ad filium pervenerint, sine ulla distinctione, utrum mater secundo viro copuletur ante, vel post filii mortem (2).

(1) *Novell.* 22. *cap Hinc nos* 46. *in princ.*
(2) *D. Novell.* 22. *cap.* 46. §. 1.

§. 1252.

Quod vero ad successionem intestatam pertinet, decrevit, ut mater binuba, sive ante delatam successionem, sive post, succedat quidem filio in omnibus bonis, tum quae filius habuit ex paterna substantia, tum quae aliunde quaesivit; ita tamen ut bonorum a patre profectorum solum usumfructum habeat, eaque post mortem fratribus, vel sororibus, cum quibus successit, restituere teneatur; bona vero aliunde quaesita pleno proprietatis jure retineat, sine ullo onere restitutionis (1).

(1) *D. cap.* 46. §. *Si autem intestatus* 2.

§. 1253.

Haec de matribus, quae omni honestate servata secundis copulantur nuptiis; unus adhuc est casus, quo filiorum successione privantur; videlicet cum ad secundas nuptias convolant non petito tutore, non redditis rationibus, nec reliquis persolutis (1); merito enim successionis commodo decreverunt leges privandam matrem, quae non tantum negligit bonorum congruam administrationem, sed et filiorum educationem.

(1) *Omnem (matri) sive ab intestato, sive jure substitutionis, si filius impubes moritur, denegandam volumus successionem, si ea legitima liberorum suscepta tutela, ad secundas ... adspiravit nuptias, antequam ei tutorem alium fecerit ordinari, eique, quod debetur ex ratione tutelae gestae, persolverit. L. Omnem* 6. *cod. ad Sen. Cons. Tertyll.* (6. 56.), *Novell.* 22. *cap. Si autem* 40., *Osasc. dec.* 58. *num.* 4. 5. *et* 21.

§. 1254.

Quinimo in proposita specie non tantum successione filiorum privanda est mater, sed et iis, quae testator ipsi reliquerat, cum testamento tutrix fuit designata; sicuti enim heres, et legatarius collata in ipsos liberalitate uti nequeunt, si testatoris voluntati non paruerint (1); ita mater per transitum ad secunda vota deserens tutelam filiorum, quam testatoris judicio assumpserat, quin prius rationes reddiderit, tutorem dari curaverit, et reliqua solverit (2), et successione, et legatis privandam plures, nec inepte, tradunt (3).

(1) *Novell.* 1. *cap.* 1 *princ.*, *et* §§. *seqq.*
(2) *Haec enim tria requiruntur, ut poena vitetur: scilicet tutoris petitio, redditio rationum, et solutio residui; facilius tamen excusatur residui solutio. D. l.* 6. *cod. ad S. C. Tertyll.*, *d. Novell.* 22. *cap.* 40., *Osasc. d. dec.* 58. *num.* 4. 5. *et* 21.
(3) *Iis sane non assentimur, qui inani quadam commiserationis specie poenas semper minuendas arbitrantur, nisi expressa sint, et manifestissima legum verba; et ita facilitatem delinquendi praestant: nec intelligunt, aequitatem refugere, ut benignitas culpae consciis exhibeatur in dispendium innocentis.*

§. 1255.

Verum, ut hujusmodi poenae subjiciatur binuba mater, non sufficiunt genericae susceptae tutelae probationes, maxime cum tutela matris regulariter soleat a judice confirmari (1). Imo nec sufficit aliqualis matris cura circa res familiares, sed evidentes requiruntur probationes (2); ne alioqui innocens plectatur mater, vel in ejus odium retorqueatur, unde laudem mereri debuerat.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

(1) *L. Matres quae 2. cod. Quando mulier officio tutelae fungi potest.* (5. 35)

(2) *Quare ut mater proprio nomine obligetur, non sufficit, quod testamento tutrix fuerit designata, nisi demonstretur tutelam, et administrationem susceptam fuisse. Quamquam regulariter habens jus habituale tutelae testamentariae, vel legitimae, si de facto se ingerit, etiamsi solemnia non impleat, exinde tamen dicitur acceptare tutelam.*

§. 1256.

Quin et potest mulier, legum poenam evitare, si festinandarum nuptiarum licentiam a Principe impetret, quam nemini dubium, quin concedere possit, licet in proximiorum agnatorum dispendium vergat, ad quos alioquin legitima hereditas filii perventura esset (1). Nec ipsorum consensus exquirendus est, si ante contractas nuptias, vel etiam post eas, dummodo adhuc impubes filius superstes sit, rescriptum impetrare velit: qui tamen intervenire debet, si jam defuncto filio veniam ejus poenae postulet, quam jam incurrit (2); multo enim facilius quaerendo juri derogat Princeps, quam juri quaesito, quod nunquam auferre velle, praesumitur (3).

(1) *Auth. Cessante, post l. 3. cod. de legitimis heredibus.* (6. 58.)

(2) *Argum. l. Non aliter* 18., *l. Nam ita* 39. *ff. de adoptionibus.* (1. 7.)

(3) *L. Praetor ait* 2. *§. Merito* 10., *et §. Si quis a Principe* 16. *ff ne quid in loco publico* (43. 8.), *Fab. cod. Si ex rescripto nuptiae petantur lib. 5. tit. 4. def. unic.*

§. 1257.

Hinc colligit Faber, etiam post contractas nuptias posse matrem, veniam a Principe impetrare, si filius impubes nondum decesserit; quia nullum adhuc jus agnatis quaesitum est in ejus hereditate: quin et matrem ad successionem admittendam, si filius post pubertatem decedat intestatus (1), quasi remissa sit per filium poena, dum intestatus mori voluit, cum posset, injuriam sibi illatam a matre vindicare alio herede instituto: sciens ergo matrem ab intestato exclusis agnatis successuram, tacite instituisse, videtur (2).

(1) *L. Moribus introductum* 2. *ff. de vulgar. et pupil. substit.* (28. 6.)

(2) *L. Matres* 3. *cod. ad Sen. Cons. Tertyll.* (6. 56.), *Fab. d. def. unic. num.* 9. *et seqq. in corpore.*

§. 1258.

Caeterum, quamvis mater ad secunda convolans vota non petito tutore, nec redditis rationibus, pupilli privetur successione, tum ea, quam habuisset ab intestato, tum quae jure substitutionis pupillaris delata fuisset (1), legitimam tamen consequi eam debere, definitum fuit a Sabaudo Senatu (2), retento solo usufructu, si liberi supersint (3). Secundum generales juris regulas (§. 1063.) legitima enim non tam successionis jure quam aeris alieni loco (4), et naturae jure debita est (5), ascendentibus pietatis, ac miserationis intuitu in solatium liberorum amissorum: atque satis coercetur matris culpa, si luctuosam filii, quam alioquin habuisset (6), hereditatem amittat.

(1) *D. l. Omnem* 6. *cod. ad Sen. Cons. Tertyll.* (6. 56.)

(2) *Fab. d. def. unic., et lib. 6. tit. 32. ad Sen. Cons. Tertyll. def.* 1.

(3) *Quod de legitima dicimus, idem de augmento obnuptiali affirmandum; quippequod jure ipso, seu consuetudine, ad mulierem pertinet.*

(4) *Ut vulgo ratiocinantur interpretes ex l. Papinianus* 8. *§ Si quis impubes* 15. *ff. de inoff. testam.* (5. 2.), *juncta l. Si adrogator* 22. *ff. de adoption.* (1. 7.)

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 25. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

(5) *L. Nam etsi 15. ff. de inoff. test.*

(6) *L. ult. cod. de institut. et substitut.* (6. 25.)

§. 1259.

His addendum, etiam ex specialibus adjunctis fieri posse, ut cesset haec in binuba matre poena, atque ad successionem admittenda sit, quamvis rationes non reddiderit, nec tutorem prius dari curaverit: puta si ille, qui impuberis hereditatem ad exclusionem matris postulabat, ipsi matri tradiderit bona paterna ad pupillum spectantia; quamvis non ignoraret, nullum fuisse constitutum tutorem; hinc enim videtur, agnovisse matrem filii legitimam heredem, atque implicite renunciasse juribus suis; et potissimum, si nullum pupillo, aut rei pupillari damnum evenisse edoceatur, quia mater servato charitatis officio filium penes se semper retinuerit, aluerit, atque educaverit (1).

(1) *In his enim speciebus obtinere debet ea juris naturalis, et civilis regula, qua traditur, poenas, quantum fieri licet, interpretatione potius emolliendas esse, quam exasperandas. L. Perspiciendum est 11. ff. de poenis* (48. 19), *l. Si praeses* 32., *l. pen. ff. eod. tit.*, *l. Factum* 155. §. 2. *ff. de R. J.; neque enim in his ulla proprie culpa est.*

§. 1260.

Sane, per restitutionem in integrum succurrendum esse matri aetate minori, quae non petito tutore, nec redditis rationibus ad alias nuptias transierit, responderunt Imperatores Diocletianus, et Maximianus (1). Atque ita in foro receptum est (2).

(1) *L. ult. cod. Si advers. delictum.* (2. 35.)

(2) *Osasc. dec.* 87. *num.* 5., *Fab. d. def. unic. lib.* 5. *tit.* 4. *in princip.*

§. 1261.

Quod pertinet ad ea, quae sub conditione viduitatis relicta sunt, diversum jus apud Romanos viguit. Antiqua lex Julia Miscella filiorum procreationis praeponens studium, ut loquitur Justinianus, mulieribus permittebat, non obstante praemortui mariti prohibitione, ut possent ad ulteriores venire nuptias, et relicta a viro sub conditione viduitatis accipere: dummodo jurejurando affirmarent, filiorum caussa novas se quaerere nuptias (1).

(1) *Novell.* 22. *cap. Quae vero nunc* 43. *in princ.*

§. 1262.

Verum Justinianus animadvertens, plurimas mulieres, non studio procreandorum liberorum, sed nuptiarum desiderio voluntatem transgredi mariti, quam tamen aequitas custodiendam suadet, constituit, ut, sive vir uxori prohibuerit, ad aliud venire matrimonium, sive uxor marito, atque sub hac conditione aliquid reliquerit, non liceat simul, et novas quaerere nuptias, et habere, quod relictum est (1).

(1) *Unde sancimus: Si quis prohibuerit uxorem ad aliud venire matrimonium, sive etiam uxor maritum (idem namque est utrinque), et pro hoc aliquid reliquerit: unam ex duabus conditionem habere contrahentium alterum: aut ad nuptias venire, et abrenuntiare praeceptioni; aut, si hoc noluerit, sed honorat defunctum, omnino abstinere de caetero nuptiis. D. Novell.* 22. *cap. Unde sancimus* 44.

§. 1263.

Quia autem ob perjurii periculum jam remiserat juriajurandi praestationem, quam eadem lex Julia Miscella a mulieribus exigebat, quae post annum luctus relictum a viro accipere vellent (1); ne res in suspenso esset, constituit, ut intra annum peti non possit, quod relictum est sub conditione viduitatis: nisi forte certum prius esse incipiat, non posse a conjuge, novas iniri nuptias, puta si sacerdotii ordine sit insignitus (2): post annum vero permisit quidem conjugi, ut accipiat, quod relictum est, praestita tamen juratoria cautione; nisi testator eam remisisset (3), et constituta in rebus suis hypotheca, quam et tacite ipse concessit, ut, si ad secundas venerit nuptias, restituat non tantum quod accepit, sed et rei fructus, si immobilem rem habuerit (4).

(1) *D. cap. Quae vero* 43. *versic. Eo autem transeunte Novell.* 22.
(2) *D. cap.* 44. §. 1.
(3) *Ibid.* §. *ult. in fine.*
(4) *D. cap.* 44. §. *Si vero transire* 2.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

§. 1264.

Quod si de rebus mobilibus ageretur, eandem cautionem praestandam constituit, et hypothecam, restituendi scilicet in casu secundarum nuptiarum, quod accesserit sine aliqua diminutione (1), si locuples sit; adjiciendum autem fidejussorem voluit, si forte conjux idoneam non habeat substantiam, atque fidejussorem invenire possit (2).

(1) *D. cap.* 44. §. *Si vero mobilis* 3.
(2) *D. cap.* 44. §. *Si vero non* 5.

§. 1265.

Quoad pecunias, quae relictae fuissent, jurare conjugem decrevit, non tantum se eas restituturum, sed et usuras, quas forte perciperet, vel saltem usuras quadrantes, si pecunia quidem uti, non vero eam mutuo dare, maluerit (1).

(1) *D. cap.* 44. §. *Si vero pecuniae* 4.

§. 1266.

Aliud jus observandum constituit, cum aurum relictum fuerit; in hac enim specie, si conjugi credi non possit, nec idoneam habeat fidejussionem, apud defuncti heredes manere aurum, voluit; ea tamen lege, ut et ipsi usuras quadrantes solvant, donec ad secundas nuptias conjux transeat (quo casu eveniente perceptae usurae restituendae sunt), vel certum sit, nullatenus posse, ad alias nuptias pervenire; tunc enim vel ipsi, vel ejus heredibus aurum ipsum omnino praestandum statuit (1).

(1) *D. cap.* 44. §. *Si vero aurum* 7.

§. 1267.

Insuper, quod de rebus ab altero conjuge relictis jus constituerat, etiam ad ea protraxit, quae extraneus, sive viro, sive mulieri sub tali conditione reliquerit (1).

(1) *D. cap.* 44. §. *Hanc ipsam* 8.

§. 1268.

Ut autem tutius heredibus defuncti conjugis prospiceret, cavit, ut altero ad secundas nuptias veniente rem a defuncto relictam, sive mobilis sit, sive immobilis, vindicare heredes possint, quicumque sit, qui eam possideat, tamquam si ab initio neque data fuisse videretur (1).

(1) *D. cap.* 44. §. *Mox autem* 6. *Novell.* 22.

§. 1269.

Demum, ne aliquid deesset constitutioni suae, Justinianus personas demonstravit, quibus restitutio bonorum, quae sub continentiae lege relicta sunt, fieri debeat, si novae contrahantur nuptiae. Scilicet distinctis pluribus facti speciebus, quae contingere possunt, utrum nempe institutionis, an legati, an mortis caussa donationis aliquid relictum sit superstiti conjugi sub hac conditione, decrevit, ut, quod relictum est titulo institutionis, coheredibus cedat, aut substitutis, si qui nominati sint. Si vero legati titulo, aut donatione caussa mortis debeatur, omnino apud eos maneat, a quibus praestandum fuisset. Quod si ex asse fuerit secundum hanc conditionem conjux heres scriptus, substitutis cedet, vel, iis deficientibus, heredibus ab intestato ad successionem vocatis (1).

(1) *D. cap.* 44. §. *ult. Novell.* 22.

§. 1270.

Vix monendum, mulierem binubam privilegiis omnibus, et dignitate mariti privari, sive liberi supersint, sive non (§. 504. et seqq.); neque enim aequitas patitur, aut leges concedunt, ut juribus mariti frui pergat mulier, quae per novas nuptias ejus memoriae injuriam intulit. (§. 1049.)

§. 1271.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 9.

Memoratae hactenus poenae, si eam excipiamus, quae relicta sub continentiae lege respicit (§. 1261.), atque jus successionis (§. 1246.) singulariter mulierem afficiunt; neque enim pater filiorum tutelam amittit, cum eorum res administret tamquam pater, non tamquam tutor; aut ab educatione impuberis filii repellitur, si per secundum conjugium ei novercam superinducat: leges patrem binubum ab hisce poenis immunem esse voluerunt; tum quia fortior esse solet patrum erga proprios liberos dilectio, et levius periculum imminet, ne novercae illecebris capti filiorum prioris matrimonii curam negligant; tum quia merito timendum esset, ne minus convenienter filii educarentur extra paternam domum.

§. 1272.

Caeterum leges etiam filiis prospexerunt, quoties de patris administratione suspicio esse possit. Quare Justinianus Zenonis constitutionem (1) confirmandam duxit, qua praecipitur, ut pater, qui ad secundas transit nuptias, cavere teneatur, ea cautionis specie, quae legatorum servandorum caussa nominari solet, pro iis legatis, quae proprio filio sub conditione, aut in diem dare jussus sit (2); etiamsi alias satisdare non teneatur, sed sufficiat ei, si simpliciter caveat cum hypotheca rerum suarum (3). Caeterum poena haec communis etiam est mulieri binubae (4).

(1) *Habetur in l. Jubemus* 6. §. 1. *cod. ad Sen. Cons. Trebell.* (6. 49)

(2) *Placet quoque nobis Zenonis piae memoriae constitutio, volens, patrem si jubeatur proprio filio legatum sub conditione, aut die dare, non aliter exigi pro donatione legatorum cautionem hanc, videlicet, quae legatorum servandorum caussa vocatur, nisi secundas pater contraxerit nuptias: sit enim et haec secundo nubentibus poena. D. Novell.* 22. *cap. Placet quoque* 41.

(3) *L. Filio* 7 *ff. ut legat, seu fideicommiss. caus. caveatur.* (36. 3.)

(4) *D. l. Jubemus* 6. §. 1. *cod. ad Sen. Cons. Trebell.*

TITULUS X.

De legitimatione.

Instit. lib. 1. tit 10. *De nuptiis.*
Digest. lib. 23. tit. 2. *De ritu nuptiarum.*
Cod. lib. 5. tit. 27. *De natural. liber., et ex quib. caussis justi efficiantur.*

SUMMARIA.

Ordo tractationis, et rerum tractandarum series. §. 1273.

Legitimatio est actus legitimus, per quem filii extra nuptias suscepti jura legitimorum consequuntur Explicatur definitio. §. 1274.

Duplex est, alia fit per subsequens matrimonium, alia per rescriptum Principis. §. 1275.

Cum pater, naturales tantum liberos habens, testamento declarat, velle, ut sibi legitimi successores sint, legitimatio non est distincta ab ea, quae fit per rescriptum Principis §. 1276

Si vero declaret, se filium habere de libera muliere, cum qua nuptiae consistere possunt, asseveratio haec nominari non potest legitimationis species. §. 1277.

Inter requisita legitimationis utriusque speciei est necessitas exquirendi liberorum consensus. §. 1278.

Si legitimatio per subsequens matrimonium fiat, requiritur, ut matrimonium consistere potuerit inter virum, et mulierem, ex quibus filii geniti sunt. §. 1279.

Sufficit autem filiorum gratia, ut consistere potuerit tempore conceptionis, vel nativitatis. §. 1280.

Qui ergo ex adulterio, incestu, sacrilegio, vel ex publica meretrice nati sunt, per posteriores nuptias non fiunt legitimi. §. 1281.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 27.

Neque ex Principis rescripto natos ex damnato coitu legitimari posse, censet Faber: itaut non noceatur agnatis, si forte legitimentur. §. 1282.

2. *In legitimatione per subsequens matrimonium instrumenta dotalia requirit jus civile: secus de jure canonico, quod in foro receptum est.* §. 1283.

Proponuntur tres quaestiones ad hoc argumentum spectantes. §. 1284.

Si parentes impedimentum matrimonii ignoraverint, et filius extra matrimonium conceptus sit, ei ignorantia non prodest: sicut non prodest in matrimonio clandestino. §. 1285.

Cum autem in putativo matrimonio filii nascuntur, sufficit in alterutro ex conjugibus ignorantia impedimenti, dummodo clandestinum non sit matrimonium. §. 1286.

Si filius legitimus ex illicita conjunctione prolem habeat, eoque defuncto avus filii concubinam duxerit, legitima non fit proles. §. 1287.

Matrimonium instante morte celebratum legitimum est, et legitimi parit effectus. §. 1288.

Quatuor sunt conditiones speciales legitimationis, quae fit per rescriptum Principis. 1. *Est, ut pater concubinam ducere non possit, vel nonnisi minus honeste.* 2. *Ut pater nullos filios legitimos habeat.* §. 1289.

Princeps tamen potest, etiam legitimare ob utilitatem, quae ex parentis voluntate aestimare poterit, vel ex meritis legitimandi §. 1290.

3. *Si pater adhuc vivat, ejusdem consensus exquirendus est; ne eidem invito suus heres agnascatur.* §. 1291.

4. *Conditio agnatorum consensum respicit. Sed hic distinguendum est.* §. 1292.

Si agnatis jus quaesitum sit, necessarius est eorum consensus. §. 1293.

Si autem de jure ipsi quaerendo agatur, iis invitis, et inconsultis legitimatio fieri potest. §. 1294.

Non magis requiritur in hac specie agnatorum consensus, quam, cum mater tutrix remissionem poenae secundarum nuptiarum a Principe obtinet. §. 1295.

Cujusque legitimationis is est effectus, ut naturales liberi omnia legitimorum jura consequantur. §. 1296.

Hinc succedunt, ut legitimi: eis etiam legitima competit, ejusque supplementum, invito patre. §. 1297.

Rumpunt prius patris testamentum, si legitimatio obtenta sit ante patris mortem; vel pater testamento declaraverit, se velle, ut legitimatio a Principe impetretur. §. 1298.

Si filius a Principe legitimatus fuerit ad preces patris, ea conditione, ut capax sit succedendi in ea parte bonorum, quae patri videbitur, pater autem intestatus decesserit, ab hereditate repellendus videri posset ex praesumpta patris voluntate. §. 1299. *et* 1300.

Recte defenditur, ad intestatam patris hereditatem hunc esse admittendum. Taciti in favorabilibus eadem ratio est, ac expressi. §. 1301.

Conditio in legitimatione adjecta operatur, ut filius invito patre non succedat. §. 1302.

Conditio in proposita specie non legitimationi, sed ejus effectibus, et executioni tantum adjecta est, unde facilius admittitur tacita voluntas. §. 1303.

Inst. l. 1. tit. 10. *Interinatio rescripti fieri potest post mortem patris: nec necessaria est, cum in rescripto adsunt clausulae amplissimae.* §. 1304.

ff. l. 23. tit. 2. *Filius legitimatus substitutum excludit, quamvis testator filios legitimos, et naturales vocaverit.* §. 1305.

Cod. l. 5 tit. 27. *Aliud erit, si filii ex legitimo matrimonio procreandi, vel vere legitimi vocati fuerint.* §. 1306.

Eadem distinctio adhibenda est, cum quaeritur, an per legitimationem filii deficiat conditio fideicommissi, si quis sine liberis decesserit. §. 1307.

Proponuntur tr s dirimendae quaestiones, quae ad legitimationis vim, et effectum spectant. §. 1308.

Legitimatus per ingressum religionis ex Thesauro aeque vocatur ad legitimam successionem, ac caeteri. Aliud censet de testamentaria. §. 1309.

Filius naturalis primogenitus, et postea legitimatus per subsequens matrimonium praefertur post nato in legitimo matrimonio. §. 1310.

Legitimatio, sive per subsequens matrimonium, sive per Principis rescriptum, retrotrahitur ad tempus nativitatis: nisi jus agnatis jam quaesitum sit, cum filius rescripto Principis legitimatur. §. 1311.

Ex consuetudine feudorum legitimati, etiamsi soli sint, a feudis repelluntur: nisi expressa hujus effectus mentio facta sit in rescripto; quo casu nec omnium feudorum capaces sunt. §. 1312.

Sed filius ex matrimo io nullo, legitime tamen et bona fide celebrato, natus, ad feuda admittitur. §. 1313.

Legitimatio facta per rescriptum Principis jura legitimorum dat, quoad patrem, non vero quoad agnatos; nisi hi legitimationi consenserint. §. 1314.

§. 1273.

De legitimatione inquiremus: 1. Quid sit, et quotuplex. 2. Quae requirantur ad legitimationem. 3. Qui sint legitimationis effectus.

§. 1274.

Legitimatio definiri potest: *actus legitimus, per quem filii extra nuptias suscepti jura legitimorum consequuntur.* Actus legitimus dicitur; cum enim legitimatio justum matrimonium imitetur, solemnitates quasdam requirit, quibus eidem assimiletur, et quae a legibus probatae sint. Per legitimationem filios extra nuptias susceptos legitimorum jura consequi, addimus; is enim est legitimationis finis, atque effectus, ut filii, qui legitimantur, iisdem juribus gaudeant, quibus fruuntur ex legitimo matrimonio procreati (1).

(1) *L. Cum quis a muliere* 10. *et seqq. cod. hoc tit.*, §. *ult. instit. hoc tit.*

§. 1275.

Duplex est legitimationis species: alia fit per subsequens matrimonium, alia singulari Principis beneficio (1). Consulto praeterimus tertium legitimationis modum, qui apud Romanos olim vigebat, atque per oblationem curiae, fieri dicebatur (2).

(1) *D.* §. *ult. instit. hoc tit.*, *Novell* 74. *cap.* 1., *Novell.* 89 *cap. illud tamen* 9.

(2) *Scilicet filius legitimandus curiae, idest publico civitatis consilio, aut coloniae offerebatur, ut ibi serviret; vel filia euriali in matrimonium jungebatur, atque hinc legitimorum jura consequebatur. Ratio autem hujusmodi beneficii eo tendebat, ut cives ad hoc munus subeundum, quod odiosum erat, gravibusque oneribus subjectum, allicerentur: ut colligi potest ex l. Communium rerum* 9. *cod. hoc tit.*, *Novell.* 89. *cap. Primus itaque modus* 2. *et seqq.*, *l. Omnes* 50., *l. Si quis decurio* 55., *l. Nullus* 60., *l. Neminem* 64. *cod. de decurionibus.* (10. 31.)

§. 1276.

Quod pertinet ad eam legitimationis speciem, de qua meminit Justinianus (1), quae tunc obtinet, cum pater, naturales tantum habens liberos, testamento declarat, velle, ut sibi legitimi successores sint; quam voluntatem servandam praecipit Imperator, dummodo a Principe post mortem patris probata fuerit, et confirmata, non videtur hic legitimandi modus ab eo differre, qui per rescriptum Principis fieri dicitur, ut idem innuit Imperator (2), cum legitimationem hanc Principis beneficium vocat, et patris, quatenus per hujusmodi declarationem a patre in testamento factam videatur Princeps rogatus, ut legitimorum jura naturalibus hisce filiis concedat.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 27.

(1) *In d. Novell.* 89. *cap. Si vero is* 10.

(2) *Hoc quoque donum habeant patris, et Principis, idest dicere naturae simul, et legis. D. cap.* 10. *in fine.*

§. 1277.

Legitimationis autem nomine appellari, non potest patris assertio testamento facta; vel scriptura tribus testibus signata, qua fateatur, se filium habere de libera muliere, cum qua nuptiae consistere possunt, quamvis nec filium suum esse adjecerit, quem omnino legitimum reputandum voluit Justinianus sine alterius cujuscumque probationis necessitate; itaut sufficiat ad hoc, ut omnes filii ex eadem muliere suscepti legitimorum jure censeantur, si pater uni ex his laudatum praebuerit testimonium (1), legitimatio, inquam, non est, sed potius declaratio, vel sufficiens probatio, qua filii hi legitimis sint accenseodi.

(1) *Novell.* 117. *cap. Ad hoc autem* 2.

§. 1278.

Si quaeratur, quae ad legitimationem desiderentur conditiones, distinguendum est inter eam, quae per subsequens matrimonium fit, atque alteram, quae Principis rescripto contingit: quamquam unum est, quod utrique legitimationis speciei convenit, videlicet ut filiorum consensus exquiratur, ne inviti in patriam potestatem redigantur (1).

(1) *Generaliter autem in omnibus, qui per praedictos modos deducuntur ad legitimum jus, tunc hoc volumus obtinere, dum et filii hoc ratum habuerint. Nam si solvere jus patriae potestatis invitis filiis non permissum est patribus, multo magis sub potestatem redigere invitum filium, et nolentem. D. Novell.* 89. *cap. Generaliter* 11., *Osasc. dec.* 119. *num.* 22.

§. 1279.

Altera conditio, peculiaris tamen legitimationi, quae per subsequens matrimonium fit, in eo consistit, quod filii extra conjugium suscepti ex iis progeniti sint, inter quos, vel conceptionis, vel saltem nativitatis tempore legitimum esse posset matrimonium (1); hunc enim favorem subsequenti matrimonio concedendum legislatores merito existimaverunt, ut ita facilius scandala averterentur, atque allicerentur homines, ad has mulieres legitimis nuptiis sibi jungendas, filiorum ex illis susceptorum amore.

(1) *L. Cum quis a muliere* 10., *l.* 11. *cod. hoc tit.*

§. 1280.

Ad hanc legitimationem requiri diximus, ut matrimonium inter virum, et mulierem consistere posset, vel tempore, quo concepta proles est, vel quo in lucem edita; alterutrum enim sufficere, Justinianus constituit, filiorum gratia (1); quia utroque tempore edi aliquatenus videntur.

(1) *Partus tempus inspiciatur, et hoc favore facimus liberorum, ut editionis tempus statuamus esse inspectandum: exceptis his tantummodo casibus, in quibus conceptionem magis approbari infantium conditionis utilitas expostulat. D. l. Nuper* 11. *cod. hoc tit. in fine; d. Novell.* 89. *cap. Reliqui* 8. §. 1. *in fine.*

§. 1281.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 27.

Hine, qui ex adulterio, incestu, aut sacrilegio nati sunt, posteriori matrimonio legitimi non fiunt (1); quemadmodum nec quos publica meretrix procreavit, alia tamen ratione, quia nempe certo sciri non potest, quis sit eorum pater. Sed, hac incertitudine non obstante nuptias cum vulgo quaesitis jungi, leges prohibuerunt (2); quia in conjugiis pudor praecipue inspiciendus est, et honestas, quae non patitur, ut quis eam ducat, quae forte ab ipso progenita est.

(1) *Cap. Tanta* 6. *extra qui filii sint legitimi* (4. 17.), *Novell.* 74. *cap. ult.*, *Fab. cod. de naturalibus liberis lib.* 5. *tit.* 16. *def.* 5.

(2) *Nec vulgo quaesitam filiam, pater naturalis poterit, uxorem ducere. L. Adoptivus* 14. §. *Serviles quoque* 2. *ff. hoc tit.*

§. 1282.

Quinimo, neque per Principis rescriptum ex damnato coitu susceptos liberos legitimari posse, censet Faber; quoniam mali exempli res esset, et contra bonos mores: cum inde facile fieret, ut multi spe obtinendae aliquando talis legitimationis ad delinquendum invitarentur. Quare putat, tali rescripto a Principe impetrato, qui absoluta potestate id concedere potest, nullum praejudicium agnatis inferri, qui ei non consenserint (1).

(1) *Fab. d. lib.* 5. *tit.* 16. *def.* 5.

§. 1283.

2. Ut legitimatio per subsequens matrimonium vires suas exerat, instrumenta dotalia, seu nuptialia requirit jus civile (1), non alia ratione, quam ut publice constet, legitimae uxoris loco eam mulierem haberi, cui illegitima, et a legibus reprobata affectione vir prius adhaeserat. Sed jus canonicum favore matrimonii solemnitatem hanc remittit (2), ejusque definitio in foro obtinuit (3).

(1) *In* § 13. *instit. de nupt. Justinianus memorat instrumenta dotalia: in l. Autem* 10. *cod hoc tit. promiscue requirit dotalia, vel nuptialia instrumenta: ex quo intelligimus, non omnino necessum esse, ut fiant dotalia instrumenta; alioquin enim legitimari non possent, qui ex muliere paupere, quae doti solvendae idonea non est, progeniti sunt; quod absurdum, et iniquum esset.*

(2) *D. cap. Tanta* 6. *extra qui filii sint legitimi.* (4. 17.)

(3) *Thes. dec.* 83. *num.* 1. †

§. 1284.

Tres hic se se offerunt dirimendae quaestiones, quae pertinent ad legitimationem ex subsequenti matrimonio contingentem. Prima est, utrum ignorantia impedimenti, quo illegitimae prolis parentes inter se matrimonium contrahere, non poterant, ita filiis prosit, ut cessante eo impedimento, et nuptiis inter ipsos celebratis legitima proles fiat. Altera, utrum nepos, cujus pater mortuus est, ex subsequente avi conjugio legitimorum jura consequatur. Tertia demum, an matrimonio instante morte celebrato eadem vis tribuenda sit, ut prolem legitimam faciat.

§. 1285

Quod ad primam quaestionem pertinet, distinguendum est, utrum conceptus sit filius extra matrimonium, an vero in matrimonii imagine. Si filius ex illicito concubitu extra matrimonium conceptus sit, certum est, impedimenti ignorantiam, quamvis tum in viro, tum et in muliere fuisset, filiis nullatenus prodesse; ignorantia enim impedimenti crimen quidem minuere potest, sed non penitus auferre, itaut indulgentiam mereatur. Sane cum ne legitimi quidem reputentur ii, qui ex conjugio clandestine contracto ab iis procreantur, qui dirimente impedimento tenentur (§. 427.), potiori ratione illegitimis annumerandi sunt, qui extra matrimonium nascuntur (1).

(1) *Cap. Cum inhibitio* 3. §. 1. *extra de clandestina desponsatione.* (4. 3.)

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod l. 5. tit. 27.

§. 1286.

Si autem in putativo matrimonio nati sint, sufficit in alterutro ex conjugibus impedimenti ignorantia, dummodo ab ecclesia constitutas praevias ad matrimonium ineundum adhibuerint solemnitates; his enim adhibitis excusabilis videtur ignorantia, atque venia digna (1). Legitimis ergo accensentur, quamvis postea vir, et mulier divertant: neque ab hereditate excluduntur, licet deinde ex alio matrimonio omnino legitimo eidem patri filii nascantur (2).

(1) *D. cap.* 3. §. 1., *cap. Pervenit* 11. *extra qui filii sint legitimi* (4. 17.), *cap. Ex tenore* 14. *eod. tit.*

(2) *V.* §. 427.

§. 1287.

Utrum nepos praemortuo patre ex avi posteriori matrimonio legitimus fiat, cum nempe filius legitimus ex illicita conjunctione prolem habuit, atque defuncto filio avus eam in uxorem duxit, quae fuerat concubina filii sui (1): negandum est; deficit enim lex, et legis ratio, quae beneficium hoc indulsit, ut viros alliceret ad nuptias cum mulieribus contrahendas, cum quibus deliquerant. (§. 1279.)

(1) *Casus hic non immerito fingitur, non quidem quasi dispensatio sperari possit, sed quatenus avus, ignorare, potest, illegitimam filii conjunctionem, atque bona fide eam uxorem habere, quae filii concubina fuit.*

§. 1288.

Quoad tertiam quaestionem, cum matrimonia instante morte celebrata omnino legitima sint, dummodo de eorum celebratione juxta legum praescriptum probationes non desint, iis non est favor denegandus, qui caeteris conceditur, ut liberos antea genitos legitimos faciant.

§. 1289.

Exposuimus conditiones, quae in legitimatione per subsequens matrimonium desiderantur; quatuor sunt singulares conditiones legitimationis, quae ex Principis beneficio fit. Prima est, ut pater eam ducere, vel omnino, vel honeste non possit, ex qua liberos habuit Altera, ut nullos habeat legitimos filios (1): quod tamen non ita accipiendum, quasi Princeps in his casibus dispensare nequeat, sed quatenus pro summa aequitate concessurus non praesumitur, quod bonis moribus, atque aequitati parum consentaneum videtur: nisi tamen specialia concurrant adjuncta, quae Principem movere possint.

(1) *Novell.* 74. *cap.* 1., *Novell.* 89. *cap. Illud tamen* 9. *princ., et* §. 1.

§. 1290.

Hinc pragmatici tradunt, Principem, non tantum legitimare posse propter necessitatem, quae inde oritur, quod mulier duci, saltem honeste, non possit, et legitima proles desit; sed etiam propter utilitatem, quae ex parentis voluntate aestimari potest, vel etiam ex praerogativa personae legitimandae, quae benemerita sit, morum probitate, et singulari erga parentes pietate praedita (1).

(1) *Conditio enim legitimationis, ut pater filios legitimos non habeat, juris civilis est, cui Princeps ex suprema, qua pollet auctoritate ex legitimis caussis derogare potest.* (§. 127.)

§. 1291.

Tertia conditio, quae desideratur in legitimatione, ex rescripto Principis, in eo consistit, quod patris consensus exquiratur, si hic adhuc vivat: quemadmodum in adoptione nepotis constitutum est; ne patri invito suus heres agnascatur (1).

(1) §. *Sed si quis nepotis* 7. *instit. de adopt.* (1. 11.)

§. 1292.

Quarta respicit consensum agnatorum, quibus legitimatio est nocitura. Sed hic distinguendum est, utrum agnatis jam sit quaesitum jus, puta per fideicommissum, aut substitutionem; an quaerendo juri tantum noceatur.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod l. 5. tit 27.

§. 1293.

Si de jure agnatis quaesito, per legitimationem a Principe concedendam auferendo, sermo ait, agnatorum consensus necessarius est; aequitas enim non patitur, ut alteri cum alterius dispendio beneficium concedatur. Quare legitimationem a Principe impetratam, nulla agnatorum facta mentione, quibus per donationem a patre factam jus quaesitum fuerat, his neutiquam nocere, Senatus censuit (1); quia Princeps jus alteri quaesitum nunquam auferre praesumitur, nisi expresse declaret (2).

(1) *Osasc. d. dec.* 119. *num.* 29., *ubi quaerebatur, utrum donatio caussa mortis revocaretur propter legitimationem filiorum spuriorum, qui ex conjugato, et soluta progeniti fuerant. Fab. cod. de naturalib. liberis lib.* 5. *tit.* 16. *def.* 5. *num* 5. *in corp.*

(2) *L. Praetor ait* 2. §. *Merito* 10., *et* §. *Si quis a Principe* 16. *ff. ne quid in loco publico* (43. 8.). *Hinc filiam a Principe legitimatam sine praejudicio agnatorum, quibus jam quaesitum jus fuerat, a successione repellendam censuit Senatus. Thes. dec.* 69. *num.* 1. †

§. 1294.

Si autem de jure nondum agnatis quaesito agatur, eorum consensum non esse necessario exquirendum, defendi potest, tum quia facilius derogat Princeps quaerendo juri, quam deroget quaesito; tum quia vix injuria fieri, aut damnum inferri videtur iis, quibus incerti tantum lucri spes eripitur.

§. 1295.

Addo, non magis requiri agnatorum consensum, ut justa dicatur legitimatio a Principe facta, quae futuro agnatorum juri adversa esse potest, quam eorum consensus necessarius sit, ne mater tutrix jure successionis in hereditate filii privetur per secundas nuptias, videlicet si mater ante novas nuptias, vel saltem antequam filius decesserit, remissionem poenae obtinere velit: porro nullatenus exquirendum esse in hac specie agnatorum consensum, quibus hinc hereditas pupilli aufertur, supra demonstravimus: qui tamen necessario requirendus esset, si mortuus pupillus proponeretur, adeoque agnatis jam delata hereditas. (§. 1256. et seqq.)

§. 1296.

Legitimationis, sive per subsequens matrimonium, sive per rescriptum Principis fiat, is est effectus, ut per eam naturales liberi omnia legitimorum jura acquirant, perinde ac si ex legitimo matrimonio progeniti essent (1).

(1) *D. l.* 10. *et* 11. *cod. hoc tit.*, *d. Novell.* 74. *cap.* 1., *Novell.* 89. *cap.* 8. *et* 9

§. 1297.

Hinc habent omnes successiones, quae competunt legitime natis, et succedunt, tum ex testamento, tum et ab intestato (1). Quin et iis conceditur supplementum legitimae, quamvis pater, eos quadam minori portione contentos esse, jusserit; liberum enim erat patri ante legitimationem, eos ab hereditate repellere, sed ea obtenta efficere non potest, quominus legitimorum omnia jura habeant: adeoque ne legitima ipsis, ut et caeteris filiis legitimis debeatur (2): nisi tamen ea conditione facta fuerit legitimatio, ut nihil petere possent praeter eam portionem, quam pater assignasset, vel expressum fuisset, legitimationem fieri citra praejudicium venientium ab intestato (3).

(1) *L. Nuper* 11. *cod. hoc tit.*, *Thes. dec.* 69. *in addit.* †, *et dec.* 84. *num* 2. †. *Neque obesse potest clausula adjecta in rescripti interinatione:* sine praejudicio juris tertii; *haec enim illud tantum operatur, ut legitima tolli nequeat filiis legitimis; quippequi nonnisi ad legitimam consequendam jus habent. Sed haec conveniunt tantum legitimationi, quae fiat per subsequens matrimonium, vel per rescriptum Principis; legitimatos enim per oblationem curiae non amplius a patre consequi posse, quam unum ex legitimis, cui minimum relictum fuerit, jura sanxerunt. L. Communium* 9. §. *ult. cod. hoc. tit.*

(2) *Thes. quaest. forens. lib.* 3. *qu.* 75. *num.* 4.
(3) *Thes. d. num.* 4.

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 25. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 27.

§. 1298.

Hinc 2. Legitimati rumpunt prius patris testamentum; legitimatus enim instar posthumi est. Sicut ergo posthumus testamentum irritat, ita et legitimatus (1). Excipiendus tamen est casus, quo filius post mortem patris legitimationem a Principe obtinuerit (2); quia, cum per patris mortem heredibus testamentariis, vel legitimis jam sit quaesitum jus in patris bona, praesumendus non est Princeps, illud auferre (3): nisi forte eodem testamento, quo filius naturalis praeteritus est, pater declarasset, se ea mente esse, ut preces Principi offerantur ad legitimationem impetrandam (4).

(1) *Thes. d. dec.* 84. *num.* 1.
(2) *Thes. ibid. num.* 4.
(3) *L. Praetor ait* 2. §. *Merito* 10., *et* §. *Si quis a Principe* 16. *ff. Ne quid in loco publico.* (43. 8.)
(4) *Thes. ibid. d. num.* 4.

§. 1299.

Sed quid juris, si ea conditione filius legitimatus fuerit a Principe ad preces patris, ut idoneus fiat, et capax sit succedendi, in ea parte bonorum, quae patri videbitur, et quam idem pater constituet, pater autem decesserit intestatus? Admitteturne filius ad partem hereditatis, an potius ab hereditate exclusus dicendus erit eo ipso, quo pater testamento nihil ipsi reliquit?

§. 1300.

Ab hereditate repellendus videri potest; quia, cum legitimatus tantum fuerit ad succedendum, si pater voluerit, pater autem voluntatem non declaraverit, cessare videtur patris voluntas, adeoque jus successionis; videtur enim jus hoc conditionaliter concessum, si volet pater. Deficiente ergo patris assertione, deficit conditio (1).

(1) *Argum. l. Si ita legatum sit* 65. §. 1. *ff. de legat.* 1. (30. 1.)

§. 1301.

Verum in proposita quaestione legitimatum filium simpliciter, quamvis cum aliqua limitatione, defendimus, adeoque cum aliis filiis legitimis ad hereditatem patris esse admittendum (1), hisce rationibus: 1. Quia legitimatus non differt a filiis legitimis, et propterea dicitur suus. 2. Quia, ubi voluntas alicujus requiritur, tacita sufficit: maxime si de alterius favore sit quaestio (2); cum taciti, et expressi eadem, in favorabilibus saltem, ratio sit (3): tacita autem voluntas patris hic adest, qui dum filium legitimatum testamento condito ab hereditate non repellit, tacite ad eandem vocare censetur (4).

(1) *Limitatio enim filio nocere non debet, nisi pater, cujus favore posita est, aliter statuat.*
(2) *Argum. l. Soluto* 2. §. *ult. ff. solut. matrim.* (24. 3.)
(3) *L. Cum quid mutuum* 3. *ff. de reb. credit.* (12. 1.)
(4) *L. Si quis* 3., *l. Conficiuntur* 8. §. 1. *ff. de jure codicill.* (29. 7.)

§. 1302.

Neque nocet conditio legitimationi adjecta; ejus enim vis in eo tantum posita est, quod filius legitimatus contra voluntatem patris ad hereditatem pervenire non possit: hic autem filio favere patris voluntatem modo demonstravimus (1).

(1) *D. l.* 3., *d. l.* 8. *ff. de jure codicillorum.*

§. 1303.

Addi potest, in proposita specie conditionem proprie adjectam non fuisse ipsi legitimationi, sed potius ejus effectibus, et executioni: cum autem voluntas, non substantiae actus adjicitur, sed ejus executioni, facilius admittenda est tacita voluntas, et facilius praesumenda; quia dum actus, qui instar caussae est, subsistit, praesumptio est, etiam subsistere effectus (1).

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 27.

(1) *Argum. a contrario sensu l. Nihil dolo* 129. §. 1., *l. Cum principalis* 178. *ff. de reg. jur.*

§. 1304.

Sed quid sentiendum in hac specie, si de interinatione rescripti non constet; quae tamen omnino necessaria videtur (1). Neque hinc legitimationem viribus destitui dicemus; tum quia nihil obstat, quominus legitimatio post obitum patris, et testatoris interinetur (2); tum quia non temere defendi potest, necessariam non esse interinationem, quoties in rescripto adsunt clausulae de plenitudine potestatis et ex certa scientia (3).

(1) *Argum. l. Eas quae* 5. *cod. de temporib. in integrum restitutionis* (2. 53.), *Reg. Constit. lib.* 2. *tit.* 3. *cap.* 1. §. 15.

(2) *Fab. cod. de natural. liber. lib.* 5. *tit.* 16. *def.* 5. *num* 7. *in allegat.* †

(3) *Hujusmodi enim clausulae certum, et enixam demonstrant Principis voluntatem.* §. 156.

§. 1305.

Hinc 3. Filius legitimatus substitutum excludit, quamvis testator filios legitimos, et naturales ad successionem vocaverit; legitimati enim, sive per subsequens matrimonium, sive per Principis rescriptum, vere, et proprie legitimi sunt (1).

(1) *Novell.* 12. *cap. Dubitatum* 4. *circa finem.*

§. 1306.

Excipiendus tamen casus est, quo testator ad fideicommissum vocaverit filios ex legitimo matrimonio procreandos, vel filios vere legitimos (1); quamvis enim legitimatus possit dici legitimus, juris tamen fictione potius talis est, quam natura: neque ex legitimo matrimonio natus poterit appellari.

(1) *Thes. d. dec.* 196. *num.* 4. †

§. 1307.

Eadem distinctio adhibenda est, si quaeratur, utrum, per legitimationem filii, deficiat fideicommissi conditio, ad quod quis vocatus fuerit, si primo instituti sine liberis decesserint: scilicet vel conditio ita concepta est: si sine liberis naturalibus, et legitimis decesserit: vel ita, si sine liberis decesserit ex justo, et legitimo matrimonio procreatis. In primo casu deficit conditio, non autem in secundo (1).

(1) *Fab. cod. de condit. insert. lib.* 6. *tit.* 25. *def.* 19. *Naturalium enim, et legitimorum appellatio legitimatis apprime convenit, sed dici nequeunt ex justo, et legitimo matrimonio progeniti. Quare in prima specie testatoris voluntas legitimatos quoque complectitur; non in secunda.*

§. 1308.

Quatuor supersunt dirimendae quaestiones, ut legitimationis vis et effectus penitus innotescant. Prima respicit vim legitimationis, quae fit per religionis ingressum. Altera est, an filius legitimatus primogenitus in primogeniis, vel fideicommissis praeferendus sit illi, qui postea natus sit, sed ex legitimo matrimonio. Tertia, an legitimatio per subsequens matrimonium retrotrahatur. Quarta demum, an filii legitimati ad feudorum successionem sint admittendi.

§. 1309.

Quoad primam distinguit Thesaurus, utrum de testata, an de intestata successione tractetur. Ad legitimam successionem aeque vocari, putat, naturales filios, qui religionem ab ecclesia legitime probatam amplexi, et professi sint, ac eos, qui per subsequens matrimonium, vel per rescriptum Principis legitimati sunt: sed non censet, hujusmodi filiis jus competere ad paternam hereditatem contra ipsius patris dispositionem (1): quia legitimatio, quae per ingressum religionis fit, potius dispensatio dici debeat, stricte interpretanda. Proinde non eo usque protrahenda, ut paternam voluntatem irritam facere possit.

(1) *Thes. quaest. forens. lib.* 3. *qu.* 75. *num.* 5.

§. 1310.

In altera quaestione receptum est, filium naturalem primogenitum, et postea legitimatum per subsequens matrimonium praeferri post nato in legitimo matrimonio (1): atque sententia haec sequentibus fundamentis innititur, et demonstratur. 1. Quia haec esse videtur mens testatoris fideicommittentis, cum hic primogenitus vere legitimus sit, et aeque capax successionis. 2. Quia testator semper praesumendus est, se velle juri conformare (2): jure autem inspecto filius legitimatus per subsequens matrimonium ad succedendum admittitur, non tantum a tempore legitimationis, sed et a die conceptionis (3); finguntur enim a conceptione legitimi fuisse, sicut censentur ingenui nati, qui ab Imperatore natalibus restituti sunt (4). 3 Quia capacitas succedendi eo tantum tempore consideranda est, quo est necessaria (5). Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 27.

(1) *Diximus, filium naturalem postea legitimatum per subsequens matrimonium. Sed idem jus servandum videtur, si quaestio sit de filio, qui Principis indulgentia legitimorum jura consecutus fuerit. V.* §. 1296. *et seqq.; nisi primogenii, vel fideicommissi institutor eos tantum vocaverit, qui vere legitimi sint, vel ex legitimo matrimonio procreati. V.* §. 1305. *ad* 1307.

(2) *L. Heredes mei* 57. §. 1. *ff. ad S C. Trebell.* (36. 1.)

(3) *Qua propter sancimus, in hujusmodi casibus omnes liberos, sive ante dotalia instrumenta editi sint, sive postea, una, eademque lance trutinari, et omnes filios suos in potestate suis existere genitoribus, ut nec prior, nec junior ullo habeatur discrimine; sed qui ex iisdem matrimoniis procreati sunt, simili perfruantur fortuna. L Cum quis a muliere* 10. *cod. hoc tit.*

(4) *L. Interdum* 2. *ff. de natalib. restituendis.* (40. 11.)

(5) *L.* 1. §. 1. *ff. de suis, et legitim. heredib., l. Post consanguineos* 2. §. *Proximum* 6. *ff. eod. tit.* (38. 16.)

§. 1311.

Hinc patet, quid de altera quaestione sentiendum sit, utrum legitimatio ad tempus conceptionis retrotrahatur, an ab eo tantum tempore vires habere incipiat, quo per subsequens matrimonium, vel Principis rescripto facta est: scilicet, cum legitimati eodem jure censeantur, quo filii, qui semper legitimi fuerunt, quin et legitime nati reputentur, consequens est, legitimationi effectum retroactivum tribuendum esse (1), atque filio prodesse contra agnatos, qui seclusa legitimatione ad hereditatem fuissent vocati (2). Sed aliud dicendum esset, si jus agnatis quaesitum, atque legitimatio Principis indulgentia facta proponeretur; haec enim, cum juris civilis fictio sit, nec naturam imitetur, ut altera, quae ex matrimonio postea contracto contingit, non videtur, jus alteri quaesitum auferre posse. (§. 1293.)

(1) *D. l. Cum quis a muliere* 10. *cod. hoc tit.*

(2) *Thes. quaest. forens. lib.* 3. *qu.* 80. *num.* 12. †, *ubi de legitimatione per matrimonium. Quod tamen ad eam trahi debere, quae Principis rescripto fit, ex dictis satis constat.*

§. 1312.

Demum, quod pertinet ad successionem in feudo: si feudorum consuetudines attendantur, certum est, legitimatos ab iis repelli, non tantum, si cum legitimis concurrant, sed etsi soli sint (1); nisi expressa hujus effectus mentio facta sit in legitimationis rescripto: quo casu eorum dumtaxat feudorum capaces erunt, qui a Principe legitimationem concedente dependent, et quidem tantum in defectum agnatorum, quibus Princeps, nocere velle, non praesumitur (2).

(1) *Naturales filii, licet postea fiant legitimi, ad successionem feudi, nec soli, nec cum aliis admittuntur. Feudorum lib.* 2. *tit.* 26. §. 4 *versic. Naturales.*

(2) *Rescripta contra jus elicita ab omnibus judicibus refutari praecipimus, nisi*

Inst. l. 1. tit. 10. ff. l. 23 tit. 2. Cod. l. 5. tit 27. *forte sit aliquid, quod non laedat alium, et prosit petenti. L. Rescripta 7. cod. de precibus Imperat. offerend.* (1. 19.) *Atque ita decisum refert Thes. quaest. forens. lib. 1. quaest. 100. num. 20.* †

§. 1313.

Haec obtinent, si de filio naturali agatur postea legitimato. Si autem proponatur filius ex matrimonio, nullo quidem ob dirimens impedimentum, sed legitime in facie ecclesiae contracto, atque ab ecclesia approbato, aequitas suadet, ut hic ad feudum admittatur (1); hic enim filius legitimus omnino dicendus est, utpote progenitus a parentibus, quos inculpatus error, et bona fides venia dignos facit. (§. 417.)

(1) *Sane feudorum leges eos tantum excludunt, qui prius naturales fuerint, et postea legitimorum jura consecuti sint.* §. 1312. *all.* 1.: *hic autem legitimus semper habitus est: adeoque legi a successione repellenti, et odiosae* (§. 100. *D.*) *subjici non debet.*

§. 1314.

Postremo notandum est, legitimationem, quae fit per Principis indulgentiam, cum fictione potius juris obtineat, jura quidem legitimorum tribuere, quoad patrem, non vero quoad fratres, caeterosque collaterales, descendentes, vel ascendentes. Quare nec filius legitimatus agnatis, aut cognatis succedit, nec viceversa, nisi per testamentum, vel ipsi agnati, et cognati hujusmodi legitimationi consensum accommodaverint (1).

(1) *Novell.* 84. *cap. Filium vero* 4., *quae licet de legitimatione concepta sit, quae olim fiebat per oblationem curiae, ad eam tamen ex identitate rationis protrahi solet, quae nunc fit Principis rescripto.*

TITULUS XI.

De adoptionibus.

Instit. lib. 1. tit. 11. *De adoptionibus.*
Digest. lib. 1. tit. 7. *De adoptionibus etc.*
Cod. lib. 8. tit. 48. *De adoptionibus.*

SUMMARIA.

Proponuntur, quae in hoc titulo explicanda sunt. §. 1315.

Adoptio est actus legitimus, quo extraneus in filium eligitur. Explicatur definitio. §. 1316.

Alia dicitur adrogatio, alia adoptio in specie. Quid inter utramque discriminis? §. 1317.

Adoptare jure tantum masculi possunt, matres filiis orbatae ex humanitate. §. 1318.

Adoptari possunt omnes, qui sint extra eum gradum, quem per adoptionem acquisituri sunt. §. 1319.

Quatuor conditiones requiruntur in adoptante, quarum priores duae omnino necessariae sunt: posteriores ex adjunctis remitti possunt. §. 1320.

Prima conditio est, ut adoptans gignendis naturaliter filiis idoneus sit: temporale impedimentum non obstat. §. 1321.

Altera est, ut adoptandum praecedat XVIII. *annis. Cur pubertas imperfecta hic non sufficiat?* §. 1322.

Tertia est, ut 60. *annos adoptans habeat, quae tamen remitti potest.* §. 1323.

Conditio haec omnino exprimi debet; alioquin nullum est rescriptum. §. 1324.

Postrema requirit, ut adoptans nullos omnino liberos habeat, nec naturales, nec adoptivos §. 1325. Inst. l. 1. tit. 11. ff. l. 1. tit. 7. Cod. l. 8. tit. 48.

Prima conditio in adoptando est, ut libertate fruatur: servi adoptio tantum proficit ad libertatem consequendam. §. 1326

Altera, ut prius non fuerit jam ab eodem adoptatus. §. 1327.

Filius quidem a patre naturali emancipatus adoptari potest; sed hic adoptionis repetitio non est, et semper intelligitur filius naturalis. §. 1328.

Utriusque consensus, tum adoptantis, tum adoptandi desideratur. In adrogatione requiritur consensus expressus: in adoptione sufficit tacitus adoptandi. §. 1329.

Adrogatio specialiter requirit auctoritatem Principis. In adoptione sufficit Magistratus auctoritas. §. 1330.

Minor adrogari nequit, nisi consentiat curator: in impubère adrogato aliae cautiones exiguntur. §. 1331.

Prima est caussae cognitio, eo spectans, ut inquiratur consilium adrogatoris, et utriusque aetas: adrogatoris facultates inspiciantur. Quid de tutore? §. 1332.

Deinde cavere debet adrogator, se restituturum bona pupilli iis, ad quos perventura fuissent, seclusa adrogatione, si adrogatus impubes decedat. §. 1333.

Adrogator, sine justa caussa, non potest, filium emancipare, nec exheredare: aliter quartam bonorum suorum ei relinquere cogitur. §. 1334.

Proponuntur duae quaestiones. §. 1335.

Inspecto jure Romano videtur concedenda quarta bonorum adrogato, qui juste fuerit exheredatus. §. 1336. *et* 1337.

Sed aliud videtur suadere aequitas; ne deterioris sit conditionis pater quoad filios adrogatos, quam naturales: et ne libera videatur facultas data adrogatis parentes injuriis afficiendi. §. 1338.

Forte legislatores tutius prospicere voluerunt adrogato, qui se exuit libertate; maxime quia et imputari potest adrogatori, cur filium prius non emancipaverit. §. 1339.

Quarta debita adrogato est quarta omnium bonorum adrogatoris. §. 1340.

Sententia haec a Paulo apertissime traditur. §. 1341.

Major portio adrogatis data est, quam naturalibus, tum ad coercendam cupiditatem emancipandi, vel adrogandi, tum in praemium addictae libertatis. §. 1342.

Nec indistincte major portio debetur filio adrogato, quam naturali; cum in potestate adrogatoris sit, adrogatum tantum in legitima instituere. §. 1343.

Primus adoptionis effectus est patria potestas: quae nunc quidem confertur per adrogationem, qua filius omnia jura transfert in adrogantem, et vicissim acquirit. §. 1344.

In adoptione autem patria potestas tantum acquiritur, cum ea fit ascendenti: secus intacta manent jura patris naturalis. §. 1345.

Adoptivus omnium jurium particeps fit, quae propria sunt familiae adoptantis. §. 1346.

Sed post Justiniani constitutionem, qua jura patris naturalis non intereunt, nisi adoptio facta sit ascendenti, per simplicem adoptionem tantum acquiri videtur jus succedendi ab intestato. §. 1347.

Per quamcumque adoptionem ea tantum jura familiae transferuntur, quae in legibus civilibus fundamentum habent: non quae in naturalibus. §. 1348.

Hinc non debetur legatum relictum sub conditione liberorum; atque restituenda est hereditas sub eadem conditione data: adoptivi liberi non excusant a tutela. §. 1349.

Adoptio facta ascendenti, ut et adrogatio rumpit prius testamentum; nisi soluta sit per emancipationem. §. 1350.

Inst. l. 1. tit. 11. ff. l. 1. tit. 7. Cod. l. 8. tit. 48.

Probabilius videtur, fratris naturalis successionem adoptivo concedendam esse, saltem ad exclusionem fisci. §. 1351.

Filii adoptivi non succedunt in feudis; maxime si investitura vocet filios legitimos, et naturales. §. 1352.

Nec admittuntur ad hanc successionem in praejudicium agnatorum; *quamvis a Principe firmata fuerit cum clausulis amplissimis, ut adoptivus etiam ad feuda succederet.* §. 1353. *et* 1354.

Filiae exclusae a successione ob filios, vel agnatos, ab adoptivis repelli non videntur. §. 1355.

§. 1315.

Quatuor inquiremus in hoc titulo. 1. Quid, et quotuplex sit adoptio. 2. Quis possit adoptare, et adoptari. 3. Quae conditiones requirantur, tum in eo, qui vult adoptare, tum in adoptando. 4. Qui sint adoptionis effectus.

§. 1316.

Adoptio, postremus patriae potestatis acquirendae modus, definiri potest: actus legitimus, quo extraneus in filium eligitur. Actus legitimus dicitur, quia penes Romanos praescriptis certis solemnitatibus fieri debebat adoptio, coram Magistratu, cui legis actiones competebant, idest facultas auctoritate sua solemnes quosdam actus confirmandi. Extraneum eligi asserimus, non quasi adoptandus ex numero agnatorum, vel cognatorum desumi nequeat, sed quatenus eum gradum ratione adoptantis non habet, quem per adoptionem acquisiturus est. Hinc nihil officit, quominus nepos ab avo paterno, vel materno in filium adoptetur. Demum, cum adjicimus, per adoptionem extraneum eligi in filium, appellatione filii non tantum primum liberorum gradum designamus, sed et ulteriores quoscumque gradus.

§. 1317.

Duplex est adoptionis species, quarum altera adrogatio dicitur, altera proprio nomine carens, ut saepe contingit (1), adoptio in specie nominatur (2). Adrogatio electio eorum est qui sui juris sunt: adoptio vero in specie de illis fit, qui patriae potestati adhuc subjiciuntur (3). Duae autem hac adoptionis species differunt, tum quoad modum, quo fieri debent, tum quoad effectus, ut inferius demonstrabimus.

(1) *Natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula. L. Natura* 4. *ff. de praescript. verbis.* (19. 5.)

(2) §. 1. *instit. hoc tit.*

(3) *D.* §. 1. *inst. hoc tit.*

§. 1318.

Adoptare, si strictum jus inspiciamus, dumtaxat possunt masculi; quippe iis solis competit patria in liberos potestas: quo factum, ut tempore liberae reipublicae adoptandi facultas foeminis denegaretur (1). Imperatores autem humanitate ducti, in solatium liberorum amissorum adoptare, foeminis concesserunt (2).

(1) *L. Si suspecta* 29. §. *Quoniam foemina* 3. *ff. de inoff. testam.* (5. 2.)

(2) *Foeminae quoque adoptare non possunt; quia nec naturales liberos in sua potestate habent; sed, ex indulgentia Principis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt.* §. *Foeminae* 10. *instit. hoc tit. L. Mulierem* 5. *cod. hoc tit.*

§. 1319.

Adoptari possunt omnes, qui patri adoptanti extranei sunt, sive extra eum gradum constituti, quem per adoptionem sunt acquisituri, sive masculi sint, sive foeminae (1), sive majores, sive minores, sive etiam infantes (2): imo et illi, qui gravi corporis vitio laborant (3).

(1) *Nam et foeminae ex rescripto Principis adrogari possunt. L. Nam et foeminae* 21. *ff. hoc tit.*

(2) *Etiam infantem in adoptionem dare possumus. L. Etiam 42. ff. hoc tit.*
(3) *Etiam coecus adoptare, vel adoptari potest. L. Etiam coecus 9. ff. hoc tit.*

Inst. l. 1. tit. 11. ff. l. 1. tit. 7. Cod. l. 8. tit. 48.

§. 1320.

Conditiones jure requisitae, ut quis adoptare possit, quatuor numerantur, quarum tamen priores duae omnino necessariae sunt; posteriores ex singularibus adjunctis interdum remittuntur. Requiritur ergo 1. Ut qui adoptare vult, filiis per naturam procreandis idoneus sit. 2. Ut aetate decem et octo annorum adoptandum praecedat. 3. Ut excesserit aetatem sexaginta annorum. 4. Demum, ut nullos habeat filios naturales, vel adoptivos.

§. 1321.

Primam conditionem in eo esse dicimus, quod adoptans gignendis naturaliter filiis idoneus sit; cum enim adoptio naturam imitetur, legislatores minus congruum putaverunt, ut filios per adoptionem sibi compararent, qui prolem ex legitimo matrimonio habere non possent. Quanquam hoc de perpetuo corporis vitio accipiendum est; temporalem enim, quemadmodum matrimonii validitati non obsistit, ita nec adoptioni (1).

(1) *Sed et illud utriusque adoptionis commune est, quod et ii, qui generare non possunt (quales sunt spadones), adoptare possunt: (castrati autem non possunt.) §. Sed et illud 9. institut. hoc tit.*

§. 1322.

Altera conditio est, ut aetate decem et octo annorum adoptandum praecedat adoptans (1); quamvis enim aetas quatuordecim annorum ad matrimonium contrahendum sufficiat (§. 701.), qua incipit pubertas, provectiorem in adoptione merito requisierunt legislatores qua plena, et perfecta pubertas contingit; quia in conjugio sola generandi potestas inspicitur, in adoptione vero adoptantis praecipue prudentia desideratur: maxime quia non in omnibus aetas quatuordecim annorum ad sobolis procreationem idonea est.

(1) *Debet itaque is, qui sibi filium per adoptionem aut adrogationem facit, plena pubertate, idest, decem et octo annis praecedere. §. 4. instit. hoc tit.*

§. 1323.

Allatae duae conditiones, ut jam animadvertimus, ita necessariae sunt, ut iis deficientibus adoptio corruat: postremae remitti possunt. Ætatem sexaginta annorum in adoptante leges requirunt, quia, ante eam aetatem magis studere, debeat, procreationi liberorum; nisi tamen morbo impediatur, vel aliam justam caussam adoptandi habeat (1).

(1) *In adrogationibus cognitio vertitur, num forte minor sexaginta annis sit, qui adrogat; quia magis liberorum creationi studere debeat: nisi forte morbus, aut valetudo in caussa sit, aut alia justa caussa adrogandi: veluti si conjunctam sibi personam velit adoptare. L. Si paterfamilias 15. §. In adrogationibus 2. ff. hoc tit.*

§. 1324.

Sed quamvis remitti haec conditio possit, si tamen, adrogandi facultatem a Principe impetrare, aliquis velit. minor aetas sexaginta annorum omnino exprimenda est: futurum alioquin, ut rescriptum, tamquam subreptum, viribus careat; quia in eo fuerit reticita veritas, quae Principem a rescribendo deterrere potuisset (1).

(1) *Ut enim subreptionis vitio laboret rescriptum; adeoque nullum fiat, necesse non est, ut reticita fuerit veritas, qua narrata certo fuisset Princeps aliter rescripturus; sed sufficit, silentio praetermissam fuisse veritatem, quae cognita forte Prncipem a rescribendo deterruisset vel difficiliorem ad concedendum reddidisset. V. §. 150.*

§. 1325.

Postrema demum, ut, qui adoptare vult, alios liberos, vel naturales, vel adoptivos non habeat, eo tendit, ne temere horum spes deminuatur, necessariisque ad vitam sustentandam subsidiis careant (1). A qua tamen conditione recedi potest, si justa urgeat caussa; adhibito tamen filiorum legitimorum consensu (2); aequum enim est, ut quod

Inst. l. 1 tit. 11. ff. l. 1. tit 7. Cod. l. 8. tit. 48.

plures tangit, ab omnibus approbetur (3). Hinc necessarius quidem non est consensus agnatorum, quos adoptio minus proxime afficit (4), sed consensus filii omnino requiritur, cum avus nepotem adoptat (5), ne invito filio heres agnascatur.

(1) *Item non debet quis plures adrogare, nisi ex justa caussa. L.* 15. §. *ult. ff. hoc tit.*

(2) *L. Nam ita divus* 39. *ff. hoc tit.*

(3) *L. De unoquoque* 47. *ff. de re judicata.* (42. 1.)

(4) *L. Cum adoptio* 7. *ff. hoc tit.*

(5) *L. Cum nepos* 6. *ff. hoc tit.*

§. 1326.

Duae autem in eo, qui adoptandus est, conditiones requiruntur. 1. Ut liber sit; si enim servus a domino in filium adoptaretur, jus quidem libertatis acquireret, non autem filiationis (1); sufficere enim visum est Romanis, servum hinc ad libertatem pervenire.

(1) §. *ult. instit. hoc tit.*, *l. Cum eum* 3. *cod. hoc tit.*

§. 1327.

Altera conditio est, ut prius non fuerit jam ab eodem quis adoptatus, et postea emancipatus, vel alteri datus in adoptionem (1); hisce enim adoptionibus, et emancipationibus videretur pater, leges ludibrio habere (2).

(1) *Eum, quem quis adoptavit, emancipatum, vel in adoptionem datum, iterum non potest, adoptare. L. Adoptare* 37. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *Argum. l. ult.* §. *ult. vers. Non autem filio cod. de bonis, quae liberis.* (6. 61.)

§. 1328.

Neque his refragatur Ulpianus, cum tradit, filium a patre naturali emancipatum iterum posse, in patriam potestatem revocari per adoptionem (1); neque enim adoptionis in hac specie repetitio est quae legibus adversa videri possit: eo vel maxime quod filius hic, non adoptivus, sed naturalis reputabitur, quasi restituta in pristinum per posteriorem adoptionem rei veritate, quam emancipatio obduxerat; ne, ut ait eleganter Papinianus, imagine naturae veritas adumbretur (2): scilicet ne major vis fictioni adoptionis tribuatur, quam ipsi veritati.

(1) *L. Qui liberatus est* 12. *ff. hoc tit.*

(2) *Veri patris adoptivus filius nunquam intelligatur: ne imagine naturae veritas adumbretur. L. Filio, quem* 23. *ff. de liber., et posthum.* (28. 2.)

§. 1329.

Quod pertinet ad consensum, nemini dubium, quin tum in adoptante, tum in eo, qui adoptandus est, desideretur; agitur enim de contractu gravissimi momenti, qui proinde pleno consensu perfici debet. Sed hoc est discrimen adrogationem inter, et adoptionem in specie, quod in ea expressus adrogandi consensus requiratur (1), in hac sufficiat expressus patris consensus, et tacitus filii, qui adesse censetur, cum non contradicit (2). Hinc factum, ut infans etiam, in adoptionem dari, possit (3); cum enim non contradicat infans, quamvis contradicere nequeat, tacite consentire satis visum est Romanis jureconsultis, ut dici nequeat dissentire.

(1) *L. Neque absens* 24. *ff. hoc tit*

(2) *In adoptionibus eorum dumtaxat, qui suae potestatis sunt, voluntas exploratur; sin autem a patre dantur in adoptionem, in his utriusque arbitrium spectandum est, vel consentiendo, vel non contradicendo. L. In adoptionibus* 5. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Etiam infantem* 42. *ff. hoc tit.*

§. 1330.

Hactenus memoratae conditiones fere communes sunt adrogationi, et adoptioni in specie. Illud peculiare est in adrogatione, quod Principis auctoritas exigatur, cum tamen in alio Magistratus imperium sufficiat (1), qui poterit apud semetipsum emancipari, vel

Inst. l. 1. tit. 11. ff. l. 1. tit. 7. Cod. l. 8. tit. 48.

in adoptionem dari (2), sicut et emancipare, et in adoptionem dare (3). Ratio discriminis in eo posita est, quod longe gravioris momenti adrogatio sit, quam adoptio: quippe per eam homo sui juris alterius potestati subjicitur, in hac vero tantum contingit potestatis patriae immutatio.

(1) *L. Generalis* 2. *ff. hoc tit.*, §. 1. *instit. eod. tit.*

(2) *L. Si consul.* 3. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Magistratum* 4 *ff. eod. tit.*

§. 1331.

Hinc etiam factum, ut consensus curatoris exquiri debeat, si de minore adrogando sit quaestio (1). Quin, si ad pubertatis annos adhuc non pervenerit adrogandus, duae insuper conditiones a legibus praescribuntur eo consilio, ut pupillorum indemnitati prospiciatur; videlicet caussae cognitio, et cautio ab adrogatore praestanda (2).

(1) *L. Quod, ne curatoris* 8. *ff. hoc tit.*

(2) §. *Cum autem impubes* 3. *instit. hoc tit.*

§. 1332.

Primo igitur caussae cognitio adhibenda est (1), quae in eo vertitur, ut inspiciatur aetas, tum adrogatoris, tum adrogandi: adrogatoris consilium, an honesta affectione ductus sit, an potius animo in pupilli bonis grassandi (2); tum inspiciendae sunt utriusque facultates, et an liberos habeat, qui vult adrogare, ut cognosci possit, an adrogatio pupillo sit profutura, necne (3). Quare tutori, aut, curatori non conceditur adrogatio ejus, cujus tutelam, vel curam gessit, nisi prius rationes reddiderit; ne sub hac specie declinet redditionem rationum (4).

(1) *D.* §. 3. *instit. hoc tit.*

(2) *L. Si paterfamilias* 15. §. *In adrogationibus* 2. *ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 15. §. *ult.*, *l. Nec ei permittitur* 17. §. 1. *et seqq. ff. hoc tit. Nulla igitur erit adrogatio, qua de utilitate non constet. V.* §. 1324.

(4) *Nec ei permittitur adrogare, qui tutelam, vel curam alicujus administravit..., ne forte eum ideo adroget, ne rationes reddat. L.* 17. *ff. hoc tit.*

§. 1333.

Deinde cautio datis fidejussoribus ab adrogatore impuberis praestanda est, qua, stipulante persona publica, spondeat, se restituturum bona pupilli iis, ad quos perventura fuissent, seclusa adrogatione (1); heredibus scilicet (2), et substitutis; ut et legatariis (3): eo casu, quo adrogatus in pupillari aetate decedat; qua adveniente evanescit cautionis effectus (4). Quamquam ita necessaria haec cautio visa est, ut, si forte ante adrogationem omissa fuerit, possit deinceps adrogator, ad eam praestandam cogi (5).

(1) *Se restiturum (ea), quae ex bonis ejus consecutus fuerit, illis, ad quos res perventura esset, si adrogatus permansisset in suo statu. L. Non aliter* 18. *ff. hoc tit.*

(2) *Verba haec, Is, ad quem ea res pertinet, sic intelliguntur, ut, qui in universum dominium, vel jure civili, vel jure praetorio succedit, contineatur. L. Sciendum est* 70. §. *Verba* 1. *ff. de verb. significat.*

(3) *His verbis satisdationis.., ad quos ea res pertinet, et libertatibus prospectum esse, quae secundis tabulis datae sunt, et multo magis substituto servo, item legatariis, nemo dubitat. L.* 19. *ff. hoc tit.*

(4) *Haec autem satisdatio locum habet, si impubes decessit. L.* 20. *ff. hoc tit.*

(5) *D. l.* 19. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1334.

Neque adrogatori conceditur, ut filium emancipet; nisi probaverit, justam adesse emancipationis caussam: qua demonstrata adhuc tenetur bona, quae ab adrogato habuit, ipsi restituere (1). Quod si absque justa caussa eum sua potestate dimittat, vel testamento eum exheredem faciat, quartam bonorum suorum insuper eidem relinquere cogitur (2).

Inst. l. 1. tit. 11. ff. l. 1. tit. 7. Cod. l. 8. tit. 48.

(1) *Item non aliter, emancipare eum potest adrogator, nisi caussa cognita dignus emancipatione fuerit; et tunc bona sua ei reddat.* §. *Cum autem* 3. *instit. hoc tit.*

(2) *D.* §. 3. *circa finem.*

§. 1335.

Sed hic duae se se offerunt quaestiones, in quibus acriter disputatur, atque interpretes in diversas abeunt sententias. Prima est, utrum quarta debeatur, quamvis pater justam habuerit exheredationis caussam. Altera, an quarta haec, quae Divi Pii quarta nominatur, utpote ab eo inducta, sit quarta ejus portionis, quae adrogato deberetur, si pater intestatus decessisset, an potius quarta omnium bonorum adrogatoris.

§. 1336.

Quod pertinet ad primam quaestionem, pugna esse videtur inter Romanas leges, atque aequitatem. Si jus Romanum inspiciamus, certum apparet, quartam bonorum deberi adrogato, qui ex justa caussa fuerit exheredatus; Justinianus enim justam caussam requirit quidem, cum de emancipatione agit; verum ejus nullatenus meminit, cum de exheredatione loquitur (1).

(1) *Sed etsi decedens pater eum exheredaverit, vel vivus sine justa caussa emancipaverit, jubetur, quartam partem ei bonorum suorum relinquere. D.* §. 3. *inst. hoc tit.*

§. 1337.

Insuper Ulpianus quaestionem instituens, utrum adrogatus, qui exheres esse jussus est, movere possit inofficiosi testamenti querelam; postquam eum repellendum a querela definiit, non ideo tamen quartam auferendam docet, quamvis admissus non obtinuerit: ea motus ratione, quod quarta haec sit veluti aes alienum (1). Sane in hac specie apparet, adrogatum jure exheredatum fuisse, cum supponat jureconsultus, eum nullam habuisse justam caussam instituendae de inofficioso querelae; nihilominus quartam Divi Pii ei concedit.

(1) *Si quis impubes adrogatus sit ex his personis, quae et citra adoptionem, et emancipationem quaeri de inofficioso possunt, hunc puto removendum a querela, cum habeat quartam ex constitutione D. Pii. Quod si egit, nec obtinuit, an quartam perdat? et puto, aut non admittendum ad inofficiosum; aut, si admittatur, etsi non obtinuerit, quartam ei, quasi aes alienum concedendam. L. Papinianus* 8. §. *Si quis impubes* 15. *ff. de inoffic. testam.* (5. 2.)

§. 1338.

Verum aliud suadere videtur aequitas; neque enim deterioris esse debet conditionis pater, quoad filios adrogatos, quam sit quoad naturales, quos ex justis caussis exheredari leges permittunt (1). Nec aequum est, ut libera, ita dixerim, concedatur adrogatis filiis facultas, parentes injuriis afficiendi, quin exheredationis metu contineri possint, cui tamen malo legislatores in caeteris casibus prospexerunt (2).

(1) *Novella* 115. *cap. Aliud quoque* 3.

(2) *L. Hac edictali* 6. *vers. ult. Sin autem cod. de secundis nuptiis* (5. 9.), *Nov.* 22. *cap Optime vero* 27. *in fine princ., ubi haec habentur:* ne forte propter spem hujus possessionis contra parentes accedant, et protervi sint, et naturae injurientur leges.

§. 1339.

In hoc scripti juris, atque aequitatis dissensu, ut unum cum altera concilietur, dici forte posset, ideo legislatores quartam filio adrogato dandam voluisse, etiam in eo casu, quo pater justam haberet ejus exheredandi caussam, tum ut tutius prospicerent indemnitati ejus, qui se in adrogationem dedit, qui facilius per calumniam exheredatione dignus demonstraretur, cuique maxime favendum est, cum libertate se exuerit adrogatoris gratia, cujus se subjecit potestati; tum quia imputandum videtur adrogatori, quod eum, quem poena exheredationis coercendum existimabat, antequam moreretur, non emancipaverit.

§. 1340.

Eaedem difficultates occurrunt in alia quaestione, qua disputatur, an quarta, quae adrogato debetur, qui exheredatus, vel emancipatus fuerit sine justa caussa, sit quarta ejus portionis, quae ab intestato ipsi debita esset, an quarta universorum bonorum patris adrogatoris. Posterior sententia magis conformis videtur juri civili, quod ubique mentionem facit quartae bonorum, quin unquam quarta haec desumenda dicatur, et restringenda ex ea portione, quam adrogatus haberet, si pater nullo condito testamento decederet (1). Inst. l. 1. tit. 11. ff. l. 1. tit. 7. Cod. l. 8. tit. 48.

(1) *Sed et, si decedens pater eum exheredaverit, vel vivus sine justa caussa emancipaverit, jubetur, quartam partem ei bonorum suorum relinquere. D.* §. 3. *instit. hoc tit.*, *l. Si adrogator* 22. *ff.*, *l. Impuberem* 2. *cod. hoc tit.*

§. 1341.

Quin, apertissime sententiam hanc docere videtur Paulus asserens, ad impuberem adrogatum pertinere quartam ex bonis, quae adrogator habuerit, cum moritur, nisi caussa cognita emancipatus sit, itaut per actionem Calvisianam, vel Favianam revocare possit, quod in ejus dispendium dolose fuerit alienatum (1). Sententia haec omnino tenenda est, utpote auctoritate, et ratione fulcita; ut statim demonstrabimus.

(1) *Constitutione Divi Pii cavetur de impubere adoptando, ut ex bonis, quae mortis tempore illius, qui adoptavit fuerunt, pars quarta ad eum pertineat, qui adoptatus est ... Si quid itaque in fraudem ejus alienatum fuerit, quasi per Calvisianam, vel Favianam actionem revocandum est. L. ult. Constitutione ff. Si quid in fraud. patron.* (38. 5.)

§. 1342.

Qui contrarium sentiunt, jure scripto destituti ad aequitatem confugiunt: atque ajunt, dandam non esse majorem portionem filio adrogato, quam naturali; verum responderi potest, majorem portionem merito fuisse adrogatis filiis a legibus concessam, tum ut coercerent, quae facile exoriri poterat, emancipandi, vel exheredandi cupiditatem; tum et in praemium, et compensationem juris, quod favore patris adrogatoris abdicaverant (1).

(1) *Haec puto in caussa fuisse, cur singularia quaedam privilegia leges tribuerint quartae adrogato impuberi debitae prae quarta, seu legitima, quae filiis naturalibus debetur: qualia sunt, quod tanquam aes alienum consideretur, non ex judicio defuncti, sed lege debitum, itaut neque amittatur per inofficiosi querelam; cum tamen legitima filiorum tanquam quid hereditarium censeatur, non prius capienda, quam aes alienum deductum fuerit. L. Papinianus* 8. §. *Quarta autem* 9. *ff. de inofficios. testam.* (5. 2.); *et filii naturales per querelam inofficiosi temere institutam amittant, quod ipsis relictum est. D. l.* 8. §. 14. *et* 15.: *insuper, si quid in quartae deminutionem alienatum sit, actione Calvisiana, vel Faviana revocatur. D. l. ult. ff. Si quid in fraud. patroni; quae actio filiis naturalibus non competit pro legitima.*

§. 1343.

Illis addatur, argumentum hoc falso supposito laborare, nempe majorem indistincte deberi partem adrogato filio, quam naturali; sane enim leges quartam adrogato relinquendam a patre non praescribunt, sed tantum a patris heredibus dandam, si inique fuerit emancipatus, vel quacumque ratione exheredatus (§. 1340.). Unde patet, in arbitrio adrogatoris positum esse, utrum quartam habeat necne; cum ad excludendam hujus quartae petitionem sufficiat, eum in legitima haeredem instituere. Hoc ergo unicum discrimen interest inter filios naturales, et adrogatos, quod illos pater ex justis caussis possit exheredare, non istos: quod optima ratione constitui potuit (§. 1339.).

§. 1344.

Inter effectus adoptionis, de quibus hic agendum superest, primum locum tenet pa-

Inst. l. 1. tit. 11. ff. l. 1. tit. 7. Cod. l. 8. tit. 48. tria potestas, tum, quae hinc consequuntur, jura familiae. Sed post Justiniani constitutionem ex quacumque adoptione amplius non oritur patria potestas: adbuc quidem obtinet, quemadmodum jure vetere cavebatur, ut per adrogationem conferatur potestas patria, non tantum in ipsum adrogatum, sed in adrogati liberos, si quos habeat (1); et adrogatus bona sua omnia in familiam, et jus adrogatoris trausferat (2): et vicissim ipse jura successionis acquirat, perinde ac si filius naturalis esset (3).

(1) *Adrogato paterfamilias liberi, qui in ejus erant potestate, nepotes apud adrogatorem efficiuntur, simulque cum suo patre in ejus recidunt potestatem. L. Adrogato* 40. *ff. hoc tit.*, §. *Illud proprium* 11. *inst. eodem tit.*

(2) *L. Qui ex liberis* 11. §. *ult. ff. de bonorum possess. secundum tabulas.* (37. 11.)

(3) *D.* §. *Cum autem* 3., *et* §. 11. *instit. hoc tit. Jure novo solum usumfructum bonorum suorum transfert adrogatus in adrogatorem.* §. 21. *instit. de acquisit. per adrogationem. V. infra* §. 1527.

§. 1345.

Sed aliud observandum voluit Justinianus in adoptione (1), constituens, ut in eo tantum casu jura patris naturalis solvantur, et ad adoptivum perveniant, quo adoptio facta fuerit ab ascendentibus paternis, vel maternis; quia tunc concurrunt naturalia, et civilia adoptionis jura in eadem persona; si autem adoptans extraneus sit, intacta manere, voluit, jura patris naturalis, itaut nihil ad patrem adoptivum transeat, nec adoptatus ejus imperio subjiciatur: reservata adoptato successione in bonis adoptantis, si intestatus decesserit (2).

(1) *L. pen. cod. hoc tit.*

(2) §. *Sed hodie* 2. *inst. hoc tit.*, *d. l. penult. cod. hoc tit.*

§. 1346.

Praeter haec in utraque adoptionis specie filius jurium omnium particeps fit, quae familiae adoptantis propria sunt, veluti dignitatis, quin propria jura amittat (1). Idem dicendum de juribus civitatis, honoribus, et muneribus (2).

(1) *Per adoptionem dignitas non minuitur, sed augetur: unde Senator, etsi a plebejo adoptatus est, manet Senator, similiter manet et Senatoris filius. L. Per adoptionem* 35. *ff. hoc tit.*

(2) *In adoptionem quidem alienae civitatis civi recte dato additur, non mutatur patria: ac propterea jus originis in honorum, ac munerum obsequio per adoptionem non minui perspicis. L. In adoptionem* 7. *cod. hoc tit.*

§. 1347.

An haec adhuc vigeant, cum filius extraneae personae in adoptionem datur, post constitutionem Justiniani dubitari potest; cum enim Imperator constituerit, ut patris naturalis jura salva permaneant, perinde ac si non fuisset adoptivus filius in alienam familiam translatus (1): et quasi extraneus sit quoad familiam patris adoptivi, itaut nec ipsa communionem cum eo aliquam habeat (2), consequens videtur, per hujusmodi adoptionem jura familiae amplius non acquiri; atque adoptato unice competere jus successionis ab intestato in bonis patris adoptivi, qui nihil acquirit praeter inane nomen.

(1) *Sed ita eum permanere, quasi non fuisset in alienam familiam translatus. D. l. penult. cod. hoc tit. in princ.*

(2) *Ut non etiam legitima jura ad familiam extranei patris adoptivi habeat, nec ipsa ad eum communionem aliquam habeat, sed quasi extraneus ita ad illam familiam inveniatur. D. l. penult.* §. 1. *in fine.*

§. 1348.

Caeterum, quaecumque sit adoptionis species, non indistincte jura omnia familiae in adoptatum transeunt, sed ea dumtaxat, quae in legibus civilibus, quibus accepta ferenda adoptio est, fundamentum habent; non quae dimanant ab ipsa natura, cujus speciem

imperfectam praesefert adoptio. Quare merito dixit Paulus, adoptionem, non jus sanguinis, sed jus agnationis, afferre (1).

Inst. l. 1. tit. 11. ff. l. 1. tit. 7. Cod. l. 8. tit. 48.

(1) *L. Qui in adoptionem* 23. *ff. hoc tit.*

§. 1349.

Hinc plura dimanant consectaria. Primum est, non deberi legatum alicui sub conditione liberorum relictum, quamvis filium adoptaverit (1). Eadem ratione a restituenda hereditate immunis non est per adoptionem filiorum, qui de ea restituenda rogatus fuit, si decesserit sine liberis (2); adoptivi enim filii juris tantum fictione liberis accensentur: nec praesumi potest, ad hos testatorem respexisse, qui, filios quidem naturales heredis, vel legatarii praetulisse substitutis, vel heredibus, non immerito reputatur, non etiam extraneos, quamvis per adoptionem in numerum filiorum relatos (3). Eodem fundamento cautum in jure fuit, ut adoptivi liberi adoptivo patri non prosint ad tutelae excusationem, sed potius patri naturali (4).

(1) *Is, cui in tempus liberorum tertia pars relicta est, utique non poterit, adoptando tertiam partem consequi. L. Si ita quis* 51. §. 1. *ff. de legat.* 2. (31. 1.)

(2) *Fideicommissum a filiis relictum, si quis ex his sine liberis diem suum obierit, adoptionis commento non excluditur. L. Fideicommissum* 76. *ff. de condit., et demonstrat.* (35. 1.)

(3) *Osasc. dec.* 126. *num.* 16.

(4) *Princ. instit. de excusat.* (1. 25.)

§. 1350.

Verum, quia adoptio ascendenti facta, et adrogatio jura agnationis conferunt (§. 1344. et sequ.), idcirco per adrogationem filii, vel filiae rumpitur prius testamentum, veluti agnatione sui heredis (1); atque eundem effectum operatur adoptio, quae facta sit ab ascendente (2); utpote quia adoptivi simul cum legitimis, et naturalibus succedunt (3), non minus quam pater adoptivus simul concurrat ad successionem filii cum patre naturali, nisi soluta fuerit adrogatio (4), vel adrogatus impubes decesserit (5).

(1) *L.* 1. *ff. de injusto, rupto, irrito fac. testam.* (28. 3.), *Osasc. dec.* 121. *num.* 9.

(2) *D. l. pen. cod. hoc tit., Fab. cod. de natural. liber. lib.* 5. *tit.* 16. *def.* 13. *num.* 3. *in allegat.*

(3) *L. Si te parens* 5. *cod. de suis, et legit. liber.* (6. 55.)

(4) *Argum. d. l. pen.* §. *ult. cod. hoc tit, ubi dicitur, inter parentes nullum esse inductum discrimen. Osasc. dec.* 75. *num.* 1. *et ultim.*

(5) *L. Sive ingenua sit mater* 2. §. *Impuberem* 5. *ff. ad S. C. Tertyll.* (38. 17.)

§. 1351.

An frater adoptivus succedat fratri naturali, disputant interpretes. Illum ad successionem admittendum censet Thesaurus, saltem ad exclusionem fisci (1), quem semper ultimo loco successionem capere, existimat.

(1) *Thes. quaest. forens. lib.* 1. *qu.* 22. *num.* 7.

§. 1352.

Quod ad feuda pertinet, communis sententia est, adoptivos in iis non succedere, quia feuda dantur sanguini; adoptio autem jus sanguinis non confert, sed tantum jus agnationis (1): maxime si per investituram vocati sint filii legitimi, et naturales, quorum nomine, certum est, in propria significatione adoptivos non contineri.

(1) *D. l. Qui in adoptionem* 23. *ff. hoc tit.*

§. 1353.

Difficilior quaestio est, utrum regula haec locum habeat, quando adoptatus est de agnatione, et familia adoptantis, puta si nepos sit ex filia; tunc enim concurrere videntur jura sanguinis cum adoptione, quae adoptatum idoneum efficiant ad feudi succes-

Inst. l. 1. tit. 11. ff. l. 1. tit. 7. Cod. l. 8. tit. 48.

sionem, etiam in praejudicium agnatorum: maxime si adoptio Principis auctoritate, et causa cognita fuerit confirmata.

§. 1354.

Verum Senatus hisce non obstantibus, quamvis confirmata fuisset adoptio a Principe cum clausulis amplissimis, itaut etiam ad feuda adoptivus succederet, eum tamen in agnatorum praejudicium non admittendum censuit (1). 1. Quia adoptivi filii proprie non veniunt filiorum nomine, sed tantum juris fictione (2), adeoque ad successionem feudorum non censentur vocati, maxime in odium agnatorum. 2. Quia Princeps per clausulas, quantumcunque amplissimas, jus alteri quaesitum auferre nunquam praesumitur (3).

(1) *Thes. quaest. forens. lib.* 1. *qu.* 100. *num.* 8. *et seqq.* †

(2) *L. Si ita quis* 51. §. 1. *ff. de legat.* 2. (31. 1.), *l. Fideicommissum* 76. *ff. de condit. et demonst.* (35. 1.)

(3) *L. Praetor ait* 2. §. *Merito* 10., *et* §. *Si quis a Principe* 16. *ff. Ne quid in loco publico.* (43. 8.)

§. 1355.

Ex his consequi videtur, filias a successione exclusas, filiorum, vel agnatorum favore, non ideo excludi per adoptivos; quamvis enim adoptivi etiam de familia dici possint, quia tamen juris tantum fictione haec denominatio ipsis convenit, atque statuta ita semper interpretanda sunt, ut, quam minus fieri potest, a jure communi recedant (§. 324.): cum jus commune filias aeque, ac filios legitimos ad successionem vocet, praesumi non potest, mentem statuentium eam fuisse, ut favore ejus, qui juris tantum fictione agnatus est, foeminam a successione repellerent: maxime quia exclusio a successione odiosa est, nec ultra proprios fines extendenda. (§. 100. D.)

TITULUS XII.

Quibus modis patria potestas solvitur.

Instit. lib. 1. tit 12. *Quibus modis patria potestas solvitur.*
Digest. lib. 1. tit. 7. *De adoptionibus, et emancip., et aliis mod., quib. potest. solvitur.*
Cod. lib. 8. tit. 47. *De patria potestate.*

SUMMARIA.

Octo modis amittitur patria potestas. §. 1356.

1. *Morte naturali patris, aut avi. Quid si avus praemoriatur?* §. 1357.

2. *Morte civili, quae per amissionem libertatis contingit.* §. 1358.

Servos poenae Romani eos dicebant, qui in metallum damnati, vel bestiis subjecti erant, quibus hodie comparantur morte damnati. §. 1359.

3. *Deportati, cum civitatem amitterent, etiam amittebant patriam potestatem.* §. 1360.

Hinc damnati in opus publicum etiam spoliabantur patria potestate. §. 1361.

Sed hanc retinebant relegati una cum civitate. §. 1362.

Damnatis in opus publicum similes sunt, qui perpetuo in triremibus servire debent. Deportatis perpetuo exilio mulctati, cum infamia, maxime praevia publicatione bonorum. Relegatis, qui ad tempus exulare jussi sunt. §. 1363.

4. *Jure Romano mortuus in captivitate hora praeambula captivitatis decessisse fingebatur. Si captivus rediisset, semper in civitate fuisse judicabatur.* §. 1364.

Ergo interim suspensa erat patria potestas. Idem de ejus effectibus: veluti acquisitis a filio, ejusdem testamento, mutuo accepto. §. 1365.

Hodie per captivitatem non amittitur patria potestas, tantum suspenditur ejus exercitium, et interim concedenda est filio bonorum administratio. §. 1366.

Inst. l. 1. tit. 12. ff. l. 1. tit. 7. Cod. l. 8. tit. 47.

5. *Solvitur patria potestas adoptione juxta relatam distinctionem.* §. 1367.

6. *Dignitas etiam solvit a patria potestate, veluti patriciatus.* §. 1368.

Filius quidem familias in publicis caussis habetur, tamquam paterfamilias: sed hinc tantum sequitur, filium invito patre assumi posse ad publicas dignitates, easque exercere contra ipsum patrem. §. 1369.

Postea Justinianus generaliter exemit a potestate patria eos, qui dignitatem habeant, quae a curia liberet, ut et Episcopos: non tamen senatores. §. 1370.

7. *Praecipuus solvendae patriae potestatis modus, emancipatio est. Definitur, et explicatur definitio.* §. 1371.

Hodie neglectis veteribus fictionibus, et remissa necessitate rescripti imperatorii, emancipatio fit apud competentem judicem. §. 1372.

Sed non inducitur ex eo, quod pater filio cedat bona negotiatione quaesita: nec publico instrumento, nisi accedat judicis decretum, quod omnino necessarium est. §. 1373.

Pater regulariter non cogitur, filium emancipare. §. 1374.

Hinc potest, nepote emancipato filium retinere in potestate, et vicissim omnes simul emancipare liberos, vel aliquos, quos maluerit. §. 1375.

Si avus emancipet filium nuru pregnante, nepos in avi potestate constitutus nascitur. §. 1376.

Ex justa tamen caussa cogitur pater, emancipare filium: puta si eum male afficiat: si legatum sit patri relictum sub conditione emancipationis: si minor, vel impubes adoptatus major factus juste desideret, emancipari. §. 1377.

Sufficit in emancipatione tacitus consensus filii; hinc potest infans emancipari. §. 1378.

Invitus filius dimitti nequit e patria potestate, nisi justa adsit caussa. §. 1379.

8. *Ob crimen etiam pater privatur patria potestate, veluti ob lenocinium, incestas nuptias, filiorum expositionem.* §. 1380.

Matrimonium jure Romano patriam potestatem non solvit. §. 1381.

Ingrati filii redigi denuo possunt in patriam potestatem. §. 1382.

§. 1356.

Postquam perpendimus modos, quibus patria potestas acquiritur, inquirendum de iis est, quibus amittitur: atque septem numerari solent: scilicet mors naturalis, vel civilis patris, deportatio, captivitas, adoptio, dignitas, emancipatio, quibus et crimen parentis adjungi potest.

§. 1357.

Primo igitur solvitur patria potestas morte patris naturalis, aut avi, si pater praemortuus sit, vel sui juris effectus; mortuo enim avo nepos solvitur quidem ab ejus potestate, sed incidit in patris potestatem: nisi fingatur pater prius emancipatus, aut quacumque ratione patriae potestatis incapax (1).

(1) *Princ. instit. hoc tit.*

§. 1358.

Secundus modus dissolvendae patriae potestatis est mors civilis, qua pater libertatem amittit, et in servitutem redigitur: quod tunc contingit, cum ob grave crimen servus poenae fit (1); Romanis enim placuit, servos fere mortuis comparare (2), quoad effectus civiles, quorum servi cujuscumque conditionis incapaces judicabantur, perinde ac mortui.

(1) *Poenae servus effectus filios in potestate habere desinit.* §. 3. *instit. hoc tit.*

(2) *Servitutem mortalitati fere comparamus. L. Servitutem* 209. *ff. de reg. jur., L. Intercidit legatum* 59. §. *ult. ff. de condit. et demonstrat* (35. 1.)

§. 1359.

Inst. l. 1. tit. 12. ff. l. 1. tit. 7. Cod. l. 8. tit. 47. Servi autem poenae apud Romanos dicebantur, qui ita poenae addicti erant in perpetuum, ut operi injuncto quasi servire viderentur: quales erant, qui in metallum damnabantur, vel bestiis subjiciebantur (1): quibus ex communi sententia hodie comparari possunt ultimo supplicio damnati.

(1) *Servi autem poenae efficiuntur, qui in metallum damnantur, aut bestiis subjiciuntur. D. §. 3. instit. hoc tit.*

§. 1360.

3. Quin, et per deportationem amissam fuisse patriam potestatem, certum est (1); quamvis deportatio servitutem poenae non induceret (2); ratio est, quod patria potestas, quoad modum saltem, et praecipuos ejus effectus, a jure civili originem habet (3): quare, cum deportatus civitatem amitteret (4), consequens erat, et patria potestate privari, etiamsi libertatem retineret.

(1) *Cum autem is, qui ob aliquod maleficium in insulam deportatur, civitatem amittit, sequitur, ut, qui eo modo ex numero civium Romanorum tollitur, perinde, quasi eo mortuo, desinant liberi, in potestate ejus esse. §. 1. inst. hoc tit.*

(2) *L. Sunt quidam 17. §. 1. ff. de poenis.* (48. 19.)

(3) *§. Jus autem 2. instit. de patria potest.* (1. 9.)

(4) *D. l. 17. §. 1. ff. de poenis.*

§. 1361.

Hinc jure colligitur, damnatos in opus publicum potestate patria spoliatos fuisse; quippe, libertate quidem retenta, quia servi poenae non efficiebantur, in numero tamen civium Romanorum esse desinebant (1); adeoque ea, quae juris civilis sunt, retinere non poterant.

(1) *D. l. 17. §. 1. ff. de poenis.*

§. 1362.

Aliud placuit Romanis, statuere de relegatis; quippequi a civitate quidem exulare jubebantur, quo eorum existimatio minuebatur; sed eorum caput non eximebatur de civitate (1): quare omnia civium jura intacta servabant.

(1) *L. Cognitionum 5. §. Minuitur 2. ff. de extraordinar. cognition.* (50. 13.)

§. 1363.

Desierunt quidem, gentium fere omnium moribus, hujusmodi poenarum nomina: verum adhuc superesse videtur earundem substantia. Scilicet damnatis in opus publicum comparare possumus eos, qui perpetuo ad triremes in criminis poenam inservire debent: deportatis eos, qui perpetuo exilio cum infamia, maxime praevia publicatione bonorum, damnati sunt: relegatis autem eos, qui ad tempus exulare coguntur. Sed de his satis, superque; Justinianus enim servitutem poenae abolevit (1).

(1) *Auth. Sed hodie, post l. 24. cod. de donat. inter vir. et uxor.* (5. 16.), *Novell. 22. cap. 8. V. infra §. 1507.*

§. 1364.

4 Quod pertinet ad captivitatem, distinguebant Romani, utrum pater apud hostes decessisset, an ad patrios lares fuisset reversus. Mortuum in captivitate hora praeambula captivitatis patriam potestatem amisisse, dicebant (1); fictione legis Corneliae, ex qua defunctus apud hostes tunc decessisse videbatur, cum captus fuit (2). Si autem rediisset, patria potestate nunquam exutus fingebatur, quasi semper in civitate fuisset (3).

(1) *§. Si ab hostibus 6. inst. hoc tit.*

(2) *In omnibus partibus juris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est. L. In omnibus 18. ff. de captivis, et de postliminio revers.* (49. 15.)

(3) *D. §. 5. inst. hoc tit.*

§. 1365.

Inst. l. 1. tit. 12. ff. l. 1. tit. 7. Cod. l. 8. tit. 47.

Hinc consequens erat, interim suspensam esse patriam potestatem, atque omnes ejus effectus (1); veluti testamenta filiorum; eorum jus quoad bona, quae durante patris captivitate acquisiverint, itaut patri redeunti deberentur; contra mortuo patre in captivitate pleno jure ad ipsos pertinerent: qua ratione in hac quoque specie valebat filii testamentum, quamvis patri praemortuus fuisset (2). Idem jus obtinebat, quoad mutuum a filiofamilias, cujus pater apud hostes captivus fuisset, acceptum; scilicet interim in pendenti erat, an Senatuiconsulto Macedoniano locus esset, quo irrita fit filiifamilias obligatio per mutuum contracta, itaut ex eo corrueret, si pater rediret; e contra vires suas exereret contractus, si apud hostes fato functus fuisset (3).

(1) *Si ab hostibus captus fuerit parens, pendet jus liberorum propter jus postliminii. D. §. 5. inst. hoc tit., l. In bello 12. §. 1. ff. de captivis. (49. 15.)*

(2) *L. Si pater 15. ff. de suis, et legit. heredib. (38. 16.)*

(3) *L. 1. §. 1. ff. de Senat. Cons. Macedon. (14. 6.)*

§. 1366.

Verum, quia cultiorum gentium moribus desiit servitus, si barbaras quasdam nationes excipiamus: atque ab hostibus in bello capti redimi, vel permutari solent, non puto, per captivitatem apud hostes amitti, aut suspendi patriam potestatem, sed tantum ejus exercitium in suspenso esse, itaut interim filio concedenda sit bonorum paternorum administratio, procuratoris fere instar.

§. 1367.

5. Adoptione solvitur patria potestas, adhibita tamen distinctione, de qua supra disseruimus (§. 1345.): si nempe filius ascendenti paterno, vel materno in adoptionem detur, non autem, si extraneus quilibet adoptet (1).

(1) §. *Sed etsi pater 8. inst. hoc tit.*

§. 1368.

6. Dignitas etiam a patria potestate filium solvit. Justinianus hujusmodi privilegium prius concesserat patritiis (1); quia minus congruum esset, eos, qui veluti patres imperatoris viderentur, adhuc patriae potestati subditos permanere; denegato interim militibus, senatoribus, et consulibus eodem beneficio (2).

(1) *Patritii apud Romanos vigente republica dicebantur, qui originem traherent a senatoribus initio Urbis conditae a Romulo creatis. Postea sub Caesarum imperio patritii appellati sunt, quos Imperatores sibi consiliarios eligebant; quasi hinc veluti patres eorum fierent.*

(2) §. *Filiusfamilias 4. inst. hoc tit.*

§. 1369.

Neque contrarium erui potest ex jureconsulto asserente, in publicis caussis filiumfamilias loco patrisfamilias haberi, veluti in Magistratibus gerendis (1); hinc enim non sequitur, filiumfamilias per publicum munus patria potestate liberari; sed dumtaxat, hanc non obesse, quominus ad publicas dignitates filius evehatur, atque interim omnia munera illius obeat invito patre, quin et contra ipsum (2).

(1) *L. Filiusfamilias 9. ff. de his, qui sui, vel alicui juris sunt. (1. 6.)*

(2) *L. Ille, a quo 13. §. ult., et ll. seqq. ff. ad Sen. Cons. Trebell. (36. 1.)*

§. 1370.

Quamvis autem Justinianus per consularem dignitatem filios patria potestate liberari jusserit; ut et praefectos praetorio, magistrum militum, et generaliter eos omnes, qui aliqua dignitate potiantur, quae a curia liberaret (1), ut etiam Episcopos (2); quia tamen de senatoribus nihil novi constituit, nec senatoria dignitas summae patriciatus dignitati comparari potest; inde colligit Faber, hanc non eximere filium a patria potestate; itaut senator filiusfamilias, ne consentiente quidem patre, testamentum facere possit (3).

Inst. l. 1. tit. 12. ff. l. 1. tit. 7. Cod. l. 8. tit. 47.

(1) *Novell.* 81. *princ., et cap.* 1.

(2) *D. Novell.* 81. *cap. ult.*

(3) *Fab. cod. de patria potest. lib.* 8. *tit.* 33. *def.* 3.

§. 1371.

7. Praecipuus solvendae patriae potestatis modus est emancipatio, quae definiri potest: *actus legitimus, quo liberi patria potestate liberantur.* Actum legitimum dicimus, ut indicemus, non aliter emancipationem contingere, quam si solemnitates quaedam adhibitae fuerint, quibus publice constare possit de seria patris voluntate, filium a sua potestate eximendi. Quod vero filium per emancipationem patria potestate solvi adjungimus, de civilibus patriae potestatis effectibus accipiendum est: quo fiat, ut filius tamquam paterfamilias habeatur in quocumque contractu, vel negotio gerendo, atque etiam condendi testamenti facultate polleat: non autem de iis, quae in ipso jure naturae fundantur; quaeque ideo per civiles leges tolli, aut immutari nequeunt (1).

(1) *Sed naturalia* 11. *inst. de jure natur., gentium, et civili.* (1. 2.)

§. 1372.

Olim emancipatio per imaginarias venditiones, et intercedentes manumissiones celebrabatur. Sed Justinianus (1), Imperatoris Anastasii exemplum secutus, qui neglectis fictionibus adhiberi solitis declaraverat, emancipari posse filios, si facultas ab Imperatore fuisset impetrata, ejusque rescriptum apud Magistratum exhiberetur (2), simpliciorem viam emancipandorum liberorum induxit: remissa scilicet precum necessitate apud Imperatorem, constituit, ut emancipatio fiat sola professione patris apud competentem judicem declarantis, se filium e potestate sua dimittere, suique juris facere (3).

(1) *L. ult. cod. de emancipat. liber.* (8. 49.)

(2) *L. penult. cod. eod. tit.*

(3) *D. l. ult. cod. de emancip. liber.*, §. *Praeterea* 6. *inst. hoc tit.*

§. 1373.

Hinc emancipatio non ex eo inducitur, quod pater declaraverit, velle se, bona negotiatione filii quaesita ipsi pleno jure cedere: quin nec publico instrumento, cui etiam jusjurandum accedat, quo filius sui juris factus a patre affirmetur, si judicis decretum non adsit; cum enim coram judice, et decreto interposito fieri jubeatur emancipatio (1), itaut actus iste solemnia omnino requiratur (2), in potestate privatorum non est, huic solemnitati derogare, nequidem per jusjurandum, quod supplere non potest ea, quae publici juris sunt (3). Si autem dubitetur, utrum legitime gestus fuerit emancipationis actus, quae probationes requirantur vel sufficiant, distinguendum tradunt pragmatici. Si quaestio sit de validitate testamenti a filiofamilias conditi, ad probandam emancipationem per testes requiritur, ut quinque sint, ad hoc rogati, qui interfuerint emancipationi, et deponant, eam factam fuisse coram judice, decreto interposito. Sed in aliis sufficere potest filii cohabitatio seorsim a patre per plures annos: quod filius nomine proprio exercuerit negotiationem patre sciente, nec contradicente (4).

(1) *D.* §. 6. *inst. hoc tit.*

(2) *Non nudo consensu patria liberi potestate, sed actu solemni .... liberantur: nec caussae, quibus motus pater emancipavit filium, sed actus solemnitas quaeritur. L. Non nudo* 3. *cod. de emancipat. liber.* (8. 49.)

(3) *Sola de donation. minor. Glos. unic. num.* 13., *et num.* 14. *in fine, ubi Senatus non tantum emancipationem, sed et donationem in praemium emancipationis factam irritam declaravit, et merito; corruente enim principali scilicet emancipatione, corruere quoque debet accessoria donatio.*

(4) *Leviores probationes in postrema specie recipiuntur; quia de re levioris momenti agitur; quam in prima, quae publicam testamenti factionem respicit.*

§. 1374.

De emancipatione duo quaeruntur: 1. Utrum pater cogi possit filium suum emancipare: 2. Utrum pater invitum filium dimittere queat e sua potestate. Quoad primum generalis regula traditur, non esse cogendum patrem, ut potestate sua se exuat (1); neque enim aequitas patitur, ut quis sine justa caussa jure suo privetur.

Inst. l. 1. tit. 12. ff. l. 1. tit. 7. Cod. l. 8. tit. 47.

(1) §. *Et quidem* 10. *inst. hoc tit.*, *l. Non potest* 31. *ff. eod. tit.*, *l. Nec avus* 4. *cod. de emancipat. liber.* (8. 49.)

§. 1375.

Hinc liberum est patri qui filium habeat, atque ex eo nepotem, filium quidem sui juris facere, nepotem vero retinere: et e converso nepote dimisso retinere filium: vel etiam, si malit, omnes sui juris efficere, vel aliquos tantum ex filiis, vel nepotibus, caeterisque descendentibus, quos habet in potestate, quin retentus conqueri jure possit (1).

(1) §. *Admonendi* 7. *inst. hoc tit.*

§. 1376.

Si autem fingamus ab avo, nuru praegnante, filium emancipari, non in patris, sed in avi potestate constitutus nascetur (1); Romanis enim legislatoribus placuit, conceptionis tempus in omnibus inspiciendum esse, quae ad familiam, ejusdemque jura pertinent (2); quia in rerum natura quis esse incipit, cum concipitur.

(1) §. *Illud autem scire* 9. *inst. hoc tit.*

(2) *L. penult. ff. de statu homin.* (1. 5.)

§. 1377.

Verum, quia contingere potest, ut justa aubsit ratio, cur alteri invito jus suum auferatur, ideo legibus plures caussae probatae sunt, quibus pater cogi, possit, ut filium suum emancipet: veluti 1. Si pater contra pietatem filium male afficiat (1). 2. Si legatum relictum fuerit patri ea lege, ut filium emancipet, atque legatum pater acceperit (2); quia aequum non est, ut pater, qui testatoris liberalitatibus frui vult, ejus voluntatem circumveniat, onus impositum detrectando. 3. Si quis minor, vel impubes adoptatus, aut adrogatus sit, pubes, vel major factus emancipari desideret, vel quia se circumventum edoceat (3), vel si quacumque alia ratione, adoptivi patris potestati subjici, ipsi non expediat.

(1) *Divus Trajanus filium; quem pater male contra pietatem adficiebat, coegit emancipate. L. ult ff. Si a parente quis manumissus sit.* (37. 12.)

(2) *L. Si cui legatum* 92. *ff. de condit., et demonstrat.* (35. 1.)

(3) *L. Denique* 3. §. *Si quis minor* 6. *ff. de minoribus.* (4. 4.)

(4) *L. Nonnunquam* 32., *et l. seq. ff. hoc tit.*

§. 1378.

In alia quaestione, utrum consensus filiorum in emancipatione requiratur, communis sententia est, tacitum sufficere, in eo positum, quod non contradicant, quemadmodum de adoptione traditum est (1): unde sequitur, infantes, non adhibito eorum consensu, posse dimitti e patria potest te (2); quia in ea caussa sunt, ut neque consentire, neque dissentire, seu contradicere valeant.

(1) §. *Sed etsi pater* 8. *inst. hoc tit.*

(2) *D. l. Jubemus* 5. *in fine cod. de emancipat. liber.* (8. 49.)

§. 1379.

Sed invitum filium pater nequit, e potestate sua dimittere, nisi legitimam habeat caussam (1); quamvis enim emancipatio filio profutura videatur, quatenus eum sui juris facit, ex aliis tamen caussis noxia esse poteat: praeterquamquod etiamsi in omnibus utilis fingatur, certa juris regula est, beneficium invito non concedi (2), praeterquam a lege in publicis caussis (3).

(1) *Filiusfamilias emancipari invitus non cogitur. Paulus lib. 2. sententiarum tit.*

Inst. l. 1. tit. 12. ff. l. 1. tit. 7. Cod. l. 8. tit. 47.

25. §. *ult.*, *d. l.* 5. *cod. de emancipat. liber.*, *Novell.* 89. *cap. Generaliter* 11. *in pr.*

(2) *Invito beneficium non datur. L.* 60. *ff. de reg. jur.*

(3) *Argum. l. Invitus nemo* 156. §. *ult. ff. eod. tit.*

§. 1380.

8. His addi potest crimen patris, ex quo potestate sua in liberos privari mereatur. Quare, patres lenones filiarum suarum (1), vel post prioris conjugis mortem nuptias incestas contrahentes patria potestate exui, est constitutum (2): quibus et annumerantur, qui impia crudelitate proprios filios exponunt; neque enim, ut optime ajunt Imperatores, audiri debet pater, qui suum dicat eum, quem pereuntem contempsit (3).

(1) *L. Si lenones* 12. *cod. de episcopali audientia.* (1. 4.)

(2) *Novell.* 12. *cap. Si vero contigerit* 2.

(3) *L. Unusquisque* 2. *cod. de infantib. exposit.* (8. 52.)

§. 1381.

Per matrimonium quamvis plurimarum gentium moribus patria potestas dissolvatur (1), si tamen ex Romanorum legibus quaestio dijudicanda sit, certissimum est, eam adhuc perdurare post filii, vel filiae conjugium. Quod pertinet ad filium, satis probant ea juris loca, quibus nepos simul cum patre in potestate avi esse dicitur (2). Nec firmiori fundamento de filiabus dubitari potest; leges enim ubique pro certo habent, matrimonio non fieri sui juris filiam, nisi prius pater eam emancipaverit (3).

(1) *Quemadmodum de Belgio testatur Vinnius ad* §. *ult. instit. hoc tit.*, *de Gallis Domat. livr. prelimin. tit.* 2. *sect.* 1. *art.* 1.

(2) §. *ult. instit. de patria potest.*, *l. Nam civium* 4. *ff. de his, qui sui, vel alieni juris sunt.* (1. 6.)

(3) §. *Postea autem* 2. *inst. de Senat. Cons. Tertyll.* (3. 3.), *l. Soluto* 2. §. 1., *l. Quoties pater* 29. *ff. solut. matrim.* (24. 3.), *l. Filiae* 12. *cod. de collationibus* (6. 20.). *V.* §. 887. *et tres sequentes.*

§. 1382.

Postremo animadvertendum superest, ab Imperatoribus constitutum fuisse, ut cujuscumque gradus, vel sexus liberi, qui post emancipationem ingrati, contumaces, et injuriosi, adversus parentes fuerint, in criminis poenam, emancipatione per leges ipso jure rescissa, iterum paternae potestati subjiciantur (1).

(1) *Filios (et filias, caeterosque liberos) contumaces, qui parentes, vel acerbitate convicii, vel cujuscumque atrocis injuriae dolore pulsassent, leges emancipatione rescissa damno libertatis immeritae multari voluerunt. L. unic. cod. de ingratis liberis.* (8. 50.)

TITULUS XIII.

De tutela. Quid, et quotuplex sit.

Instit. lib. 1. tit. 13. } *De tutelis.*
Digest. lib. 26. tit. 1. }

SUMMARIA.

Ex personis sui juris alii sunt sub tutore, alii sub curatore, alii libere de rebus suis disponunt. §. 1383.

Sub tutore sunt impuberes: sub curatore minores. Caeteri omnino soluti: nisi gravi corporis, vel animi vitio praepediti sint. §. 1384.

De majoribus nihil speciale occurrit: fusius agendum de pupillis, et minoribus. §. 1385. Inst. l. 1. tit. 13. ff. l. 26. tit. 1.

Ordo tractationis in hoc argumento servandus. §. 1386.

Naturalis ratio, et recta administratio reipublicae postulant, ut pupillis patre orbatis tutor detur, qui patris locum teneat, tum pro educatione, tum pro bonorum administratione. §. 1387.

Quid sit tutela? Quis dicatur tutor? Tutelae definitio a Justiniano tradita. §. 1388.

Vis nomine significari videtur onus tutori injunctum: potestas indicat auctoritatem tutori a legibus concessam. §. 1389.

Potestas haec in capite libero dicitur; quia et tutor, et pupillus libertate frui debent. §. 1390.

Verba ad tuendum eum *significant, praecipuum tutoris munus ad personam pupilli referri, non ad rem, cui dari non potest, praeterquam in certis casibus.* §. 1391.

Tutor ejus curam gerit, qui per aetatem se defendere nequit: quo tutela distinguitur a curatione furiosorum, prodigorum, et similium. §. 1392.

Potestas haec jure civili data, vel saltem permissa dicitur; quia nemini licet, propria sponte eam assumere. §. 1393.

Hinc vulgo eruuntur tres tutelae species, testamentariae, legitimae, et dativae. §. 1394.

Quis sit tutor testamentarius, quis legitimus, quis dativus? Quo ordine tutelae munus sit subeundum. §. 1395.

§. 1383.

Postquam Justinianus de personis egit, quae alterius potestati subjiciuntur, ad eas gradum facit, quae sui juris sunt, tum domini, tum patris imperio soluti. Inter has quaedam in tutela sunt, aliae in curatione, aliae vero liberam habent de rebus suis disponendi facultatem, quin a tutoris, vel curatoris pendeant auctoritate.

§. 1384.

Sub tutore sunt impuberes, qui decimumquartum annum nondum excesserunt, si masculi sint: vel duodecimum, si foeminae. Sub curatore, qui intra vigesimumquintum, inspecto Romano jure, vel intra vigesimum, si patrium jus attendamus, adhuc constituti sunt; quin sexus diversitas diversum jus inducat (§. 433., et 434.). Qui autem postremam hanc aetatem excesserunt, ii sunt, quibus libera conceditur rerum suarum administratio, nec tutore, aut curatore reguntur: nisi tamen gravi corporis, vel animi vitio impediantur, quominus rebus suis superesse possint.

§. 1385.

De postremo hoc personarum genere, cum nihil singulare occurrat, specialiter non disserit Imperator: de aliis autem copiose agit, et fusius nobis agendum est; ut, quae singulari jure de ipsis constituta sunt, uno veluti intuitu, in unum collecta, percipi possint: atque aetatis gradui inhaerendo, prius de impuberibus, seu pupillis dicemus, tum de puberibus, seu minoribus.

§. 1386.

In primis igitur inquiremus, quid, et quotuplex sit tutela, tum singillatim de variis tutelae speciebus investigabimus; deinde caetera prosequemur, quae ad tutelam pertinent; postremo de curatione dicturi.

§. 1387.

Naturalis ratio aeque, ac recta reipublicae administratio postulant, ut illis, quos immatura mors patre orbavit, quique ad eam adhuc aetatem non pervenerunt, qua firmum animi judicium habeant, ut semetipsos, et res suas congruenter gerant, publica auctoritate aliquis eligatur, qui patris locum teneat, et fungatur officio. Quare providi legi-

Inst. l. 1. tit. 13. ff. l. 26. tit. 1.

slatores tutorum munus induxerunt, qui pupillorum educationi, et rerum administrationi operam darent.

§. 1388.

Tutela ergo publicum officium est, quo onus injungitur, atque potestas confertur alicui, ut eum tueatur, qui aetatis defectu, neque sibi, neque rebus suis gerendis idoneus est. Ille autem, qui onus hoc sustinet, et auctoritatem exercet, tutor dicitur, quasi tuitor, seu defensor (1). Hinc tutela a Justiniano post Servium definitur: *vis, ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui per aetatem se ipse defendere nequit, jure civili data, atque permissa* (2).

(1) §. *Tutores autem* 2. *instit. hoc tit.*, *l.* 1. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) §. 1. *instit. hoc tit.*

§. 1389.

In primis tutela dicitur *vis, ac potestas*. In explicandis hisce verbis dissentiunt interpretes. Alii putant, potestatem referri ad pupilli personam, vim ad ejus bona; unde significetur duplex tutoris officium. Aliis videtur, eandem inesse utrique voci significationem, atque alteram alteri Servium addidisse, ut plenior esset oratio (1). Alii demum censent, priore verbo tutoris munus designari, posteriore ejus auctoritatem: et merito quidem prius meminit jureconsultus officii, quam auctoritatis; si enim haec cum illo comparetur, longe gravius, constabit, onus esse tutoris, quam sit auctoritas.

(1) *Infrequentes non sunt in jure hujusmodi loquendi formulae, ut videre est in* §. *Adipiscendae* 3. *in princ. inst. de interdict.* (4. 15.), *l. Scire* 17. *ff. de legibus.* (1. 3.)

§. 1390.

Potestas haec in capite libero esse dicitur, ut significetur, vel libertate potiri debere eum, qui tutor esse velit, vel iis tantum tutores dari, qui tum dominica, tum patria soluti sunt potestate (1).

(1) In capite libero *fere omnes censent, positum esse pro* in caput liberum, *juxta veterum Romanorum loquendi formulam: veluti legitur in duodecim tabulis:* si furiosus existat agnatum, gentiliumque in eo, pecuniaque ejus potestas esto. *Cum enim pater legitimus sit administrator bonorum filii, dari nequit tutor filio in potestate patris constituto.*

§. 1391.

Additur *ad tuendum eum*, quo ostendatur, praecipuum tutoris officium in eo positum esse, ut personae curam gerat, ejusque educationi incumbat: quamquam etiam bona pupilli diligenter debet administrare. Hinc factum, ut Romani tradiderint, certae caussae, vel rei tutorem dari non posse (1), praeterquam ubi singularia adjuncta aliud expostulent: veluti si divisum sit pupilli patrimonium, atque in diversis, et dissitis regionibus bona ejus sint constituta (2); vel adeunda hereditas sit ab eo, qui nullum adhuc tutorem habeat (3). Atque in hoc tutor a curatore differt, quatenus curator potius praeficitur rebus, quam personae minorum (4).

(1) §. *Certae autem* 4. *instit. Qui testam. tutor. dari possunt* (1. 14.), *l. Certarum* 12. *cum duab. seqq. ff. De testamentaria tutela.* (26. 2.)

(2) *Si tamen tutor detur rei Africanae, vel rei Syriacae, utilis datio est: hoc enim jure utimur. L.* 15. *ff. eod tit.*

(3) *L. Impuberi* 9., *l Si impuberi* 13. *ff. de tutoribus, et curatorib. dat.* (26. 5.)

(4) *L. Certarum rerum* 12. *et seqq. ff. De testament. tutela*, §. *Certae autem* 4. *instit. Qui testam. tutor. dari possunt, princ.*, *et* §. *Item inviti* 2. *instit. De curatorib.* (1. 23.)

§. 1392.

Tutorem dicimus, ejus curam gerere, qui per aetatem se defendere nequit: atque

his verbis distinguimus tutelam a curatione prodigorum, amentium, et similium; postremum enim hoc munus eorum gratia a legibus inductum est, qui non aetatis defectu, sed accidentali corporis, vel animi vitio impediuntur, quominus res suas administrent (1). Inst. l. 1. tit. 13. ff. l. 26. tit. 1.

(1) §. *Furiosi quoque* 3. *et seq. instit. De curat.* (1. 23.)

§. 1393.

Vis haec, ac potestas jure civili data, et permissa asseritur, ut demonstretur, nemini licere propria sponte hujusmodi munus assumere, sed ex legum praescripto pendere, atque Magistratuum auctoritate, quorum munus est, tutores dare, vel saltem datos plerumque confirmare; neque enim aequitas patitur, ut quis pro arbitrio alienis rebus se immisceat.

§. 1394.

Ex postremis hisce verbis vulgo colligunt interpretes tres tutelae species, scilicet testamentariae, legitimae, et dativae, quarum prima a legibus permittitur, posteriores duae dantur, immediate quidem tutela legitima, mediate autem per Magistratus ea, quae dativa hinc solet appellari, de quibus singillatim agemus.

§. 1395.

Tutor ergo testamentarius ille est, qui ad tutelae munus electus fuit a testatore, cui leges hanc facultatem concesserunt. Legitimum dicimus eum, quem civiles leges, testamentario deficiente, ad tutelam vocant. Si autem et testamentarius, et legitimus tutor desit jure, vel facto, competentis judicis munus erit, tutorem pupillo nominare; hic enim semper ordo servandus est, ut legitimo tutori praeferatur testamentarius, dativo autem legitimus: dummodo tamen singularia adjuncta personarum non expostulent, ut repellatur a tutela, qui testamento designatus est, vel ex legum praescripto ad eam vocatur.

TITULUS XIV.

De testamentaria tutela.

Instit. lib. 1. tit. 14. *Qui testam. tutor. dari poss.*
Digest. lib. 26. tit. 2. *De testamentaria tutela.*
Cod. lib. 5. tit. 28. *De testament. tut.*

SUMMARIA.

Proponuntur quatuor quaestiones in hoc titulo pertractandae. §. 1396.

Partitio prioris quaestionis. §. 1397.

Pater potest, tutorem dare filiis suis. Idem jus competit avo paterno, et caeteris ascendentibus paternis. §. 1398.

Stricto jure requiruntur tres conditiones, ut pater liberis suis det tutorem: 1. *Ut liberi impuberes sint:* 2. *In potestate constituti:* 3. *Non recasuri in alterius potestatem.* §. 1399.

Prima conditio remittitur ob vitium corporis, vel animi: altera ex aequitate in filio emancipato. Tertia vix remitti potest. §. 1400.

Necesse non est, ut filius a patre institutus fuerit. §. 1401.

Quod ait Scaevola, tutorem a patre dari, non posse, nisi ei, quem pater in suis heredibus habet, de jure, non de facto, intelligendum est. §. 1402.

Quamvis pater XXV. annis minor tutor esse nequeat liberorum suorum, potest tamen, eis testamento dare tutorem. §. 1403.

Inst. l. 1. tit. 14. ff. l. 26. tit. 2. Cod. l. 5. tit 28.

Olim mater non poterat, tutorem dare: post permissum, si filium instituisset: demum indistincte concessum. §. 1404.

Proponuntur duae quaestiones de tutore a matre dato. §. 1405.

Jure vetere tutor a matre datus praevia inquisitione confirmandus erat. §. 1406.

Sunt, qui sentiunt, aliud placuisse Imperatori Alexandro, qui, tutorem a matre datum filio praeterito confirmari solere, tradit: nec meminit inquisitionis. §. 1407.

Particula negativa ex rescripto Alexandri tolli non debet: periculosa emendatio est, nec facile permittenda. §. 1408.

Quaestiones, quae novis constitutionibus definitae non sunt, ex antiquis legibus sunt dirimendae. §. 1409.

Ex rescripto Alexandri colligitur, ipsum noluisse, novum jus inducere, dum usus, seu consuetudinis mentionem facit. §. 1410. *et* 1411.

Inquisitionem quidem non memorat, ejus tamen necessitatem non excludit, quae ex aliis legibus suppleri debet. §. 1412.

Recta ratio, et legum auctoritas postulant, ut discrimen sit inter tutorem a matre datum, et datum minus legitime a patre. §. 1413.

Ergo tutor a matre datus filio instituto, vel exheredato, nonnisi praevia inquisitione confirmandus est: quamquam levior sufficit, si filius sit institutus. §. 1414.

In quaestione, utrum tutoris a matre dati auctoritas ad omnia bona extendatur, distinguendum est, an mater patri praemoriatur, an contra. Si mater praemoriatur, tutor materna tantum bona administrabit. §. 1415.

Si praedecedat pater, tutor a matre datus cujusvis generis bona gerere potest. §. 1416.

Extraneus non aliter tutorem dare potest, quam si pupillum heredem scripserit. §. 1417.

Quare tutor ab extraneo datus nonnisi praevia inquisitione confirmandus est, et ea tantum bona tractare, quae ab ipso ad pupillum pervenerunt. §. 1418.

Tutor ab extraneo datus pupillo, qui alia bona habeat, et alium tutorem, gerere tamen debet bona ab extraneo relicta. §. 1419.

Potest a judice tutor dari, cum testamento nominatus indiget confirmatione, nec eam petit. §. 1420.

Tutor dari potest pupillis in potestate constitutis, nulla habita ratione gradus, aut sexus: atque etiam recte datur posthumis. §. 1421.

Nunc necessaria non est patria potestas. Quare dari potest tutor filio emancipato, et naturali. §. 1422.

Tres regulae constituendae sunt, si de patris voluntate dubitetur. 1. *Nepotibus etiam, et pronepotibus cujusque sexus datus censetur tutor, cum pater posterorum descendentium, vel liberorum nomine usus est.* §. 1423.

2. *Nomen filiorum etiam filias continet: et filii omnes comprehenduntur, licet pater singulari numero usus sit, ex praesumpta affectione: nisi ignoraret, se alios filios habere.* §. 1424.

Filiorum nomine nepotes hic non continentur. §. 1425.

Nepotum quidem favor vertitur, sed simul imminet gravissimum tutori onus. §. 1426.

Exceptio est, cum testator solos nepotes reliquit. §. 1427.

Filiorum nomine posthumi continentur: nec nominatio intercidit, quamvis vivo patre nascantur. Aliud est in legatis. §. 1428.

Si testator ita scripserit: illi, aut illi filiis meis, utri eorum volet, Titius tutor esto, *ex Justiniano utriusque tutela commissa censetur: sicut etiam uterque tutor datus, cum scripsit testator:* ille, aut ille filiorum meorum tutor sit. §. 1429.

Testamento tutores dari possunt omnes, idonei ad pupilli mores instruendos, ejus-

que bona administranda: imo sufficit ad validitatem nominationis, ut tutor hisce dotibus instructus sit, priusquam pupillus pubes fiat. §. 1430.

Ergo furiosus, et minor tutores testamento dari possunt; sed tunc tantum gerent, cum idonei erunt. §. 1431.

Minor tutelam gerere non potest, quamvis se majorem jurejurando affirmaverit: sed si dolo hoc fecerit, ipsius sumptibus, et diligentia alius tutor datur. §. 1432.

Inst. l. 1. tit. 14. ff. l. 26. tit. 2 Cod. l. 5. tit 28.

Idem juris est de minore, qui veniam aetatis impetraverit. §. 1433.

Filiusfamilias dari potest tutor: tutela publicum munus est, privatae patris potestati praeferendum. §. 1434.

Qui in potestate est, alium sub se habere non potest eodem genere potestatis: potest diverso genere. §. 1435.

Filiusfamilias etiam a judice dari potest tutor: minor autem, vel furiosus a judice tutores dari nequeunt. §. 1436.

Mulieres a tutela, ut ab omnibus civilibus officiis excluduntur. Excipiuntur mater, et avia: dummodo renuncient Senatusconsulto Vellejano, et secundis nuptiis. §. 1437.

Jure novissimo mater, et avia praeferuntur tutoribus legitimis. Mater aviae praefertur. §. 1438.

Mater potest, non expectato judicis decreto, assumere tutelam filiorum. An mater aetate minor testamento tutrix designata admitti possit? §. 1439.

Si mater secundas ineat nuptias, repellitur a tutela; neque ei prodest consensus agnatorum. §. 1440.

Si mater binuba tutrix ex agnatorum consensu data fuerit, iis vocatis, sumptibus, et diligentia matris alius tutor dandus est: nisi hoc a Principe mater impetraverit, vel a praedefuncto conjuge tutrix electa fuerit. §. 1441.

Potest mater, tutelam filiorum testamento delatam libere recusare. §. 1442.

Tutela matri non defertur ob commodum successionis, sed ob praesumptionem affectionis. §. 1443.

Potest mater, etiam aetate major, tutelam jam susceptam libere dimittere. §. 1444.

Tutela matri instar privilegii conceditur, quo invitus nemo utitur. §. 1445.

Clerici tutelam consanguineorum suscipere sponte possunt, exceptis Episcopis, et monachis. §. 1446.

Beneficium matri, et aviae concessum ad alias foeminas regulariter non extenditur. §. 1447.

Noverca non potest tutrix dari a marito. §. 1448.

Vitricus tutor esse potest, imo et educationem pupilli habere, si ita agnatis videatur. §. 1449.

Foeminae, et infantes admittuntur ad curam bonorum absentis. §. 1450.

Creditor, et debitor tutores esse nequeunt; quamvis modicum sit debitum, aut creditum; nisi minimum sit. §. 1451.

Exceptio est, cum quis tutor testamento ex certa scientia datus fuit. §. 1452.

Servus proprius pure dari tutor potest: alienus nonnisi sub conditione libertatis. § 1453.

Dari potest tutor testamento non tantum pure, sed et sub conditione, ad certum tempus, vel ex certo tempore: et interim dativo locus fit. §. 1454.

Si sub conditione datus sit tutor, et conditio deficiat, tutela legitima locum habet. §. 1455.

Judex non potest, ex die, vel in diem dare tutorem. Quare? §. 1456.

Jure novo dari potest tutor etiam codicillis: et quamvis testamento non fuerint confirmati, datus tutor probari debet a judice. §. 1457.

Cum pater minus idoneum tutorem dedit, judex eum repellere tenetur propter utilitatem pupillorum. §. 1458.

Inst. l. 1. tit. 14. ff. l. 26. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 28.

Aliquando sufficit praevia inquisitio, interdum et removeri potest tutor testamento a patre datus, si utilitas pupilli ita suadeat. §. 1459.

§. 1396.

Explicabimus in hoc capite: 1. Qui possint dare tutores: 2. Quibus dari possint: 3. Qui possint, vel non tutores dari: 4. Demum, quomodo dari possint.

§. 1397.

Quod ad primum pertinet, inspiciendum est, an pater possit, tutorem filiis suis dare; an et matri eadem facultas competat: an denique ejusdem juris extraneus quilibet in certis casibus capax sit.

§. 1398.

De patre nulla dubitatio est; quia nullum melius esse potest filiorum favore paterno consilium, quibus congruenter prospicere velle, et scire, merito praesumitur (1). Hinc non tantum pater, sed et avus paternus, caeterique paterni ascendentes filiis, nepotibus, et pronepotibus sine ulla sexus, aut gradus differentia, tutorem testamento nominare, possunt (2).

(1) *L. Amicissimos* 36. *ff. de excusationibus.* (27. 1.)

(2) §. *Permissum est* 3. *instit. De tutelis* (1. 13.), §. *ult. inst. hoc tit*

§. 1399.

Si strictum jus inspiciamus, tres requiruntur conditiones, ut nominatio tutoris, ab his personis facta, vires suas exerat. 1. Ut pupilli, seu impuberes sint illi, quibus tutor designatur: 2. Ut constituti reperiantur sub ejus potestate, qui tutorem dat: 3. Ut post hujus mortem in alterius potestatem non sint recasuri (1).

(1) *D.* §. 3. *inst. De tutelis.*

§. 1400.

Prima tamen conditio exceptionem habet, cum filii puberes quidem sunt, sed ob corporis, vel animi vitium res suas gerere nequeunt (1). Altera ex aequitate etiam remittitur, quae suadet ut tutor a patre filio emancipato datus omnimodo confirmetur (2). Postrema nunquam remitti potest (3): nisi forte fingamus, patrem, in cujus potestatem defuncto avo nepos recasurus est, impediri gravi aliquo vitio corporis, vel animi, vel captivitate, aut simili casu, quominus filiorum suorum curam gerat; quemadmodum valet tutoris datio ab avo facta, si pater ipsi praemoriatur (4).

(1) *Si filio puberi pater tutorem, aut impuberi curatorem dederit, citra inquisitionem Praetor eos confirmare debebit. L. Si filio* 6. *ff. De confirm. tutore.* (26. 3.)

(2) *D.* §. 5. *inst. De tutelis.* (1. 13.)

(3) *Princ. inst. eod. tit.*

(4) *L. Si hereditas* 10. §. *Qui filium* 2. *ff. hoc tit.*

§. 1401.

Verum necesse omnino non est, ut heredem instituerit pater eum, cui tutorem designavit (1); exheredatio enim non tollit jus patriae potestatis, quo innititur potestas tutorem nominandi. Atque in hoc pater a matre secundum vetus jus differebat: non enim aliter rata erat tutoris nominatio a matre facta, praeterquam si filium heredem instituisset (2).

(1) *Pater, herede instituto filio, vel exheredato, tutorem dare, potest. L. Pater* 4. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 4. *ff. hoc tit.*

§. 1402.

Neque his contrarius est Scaevola, ajens, tutorem dari non posse, nisi ei, quem quis in suis heredibus, cum moritur, habuit, habiturusve esset, si vixisset (1); exheredatio enim jus sui heredis non tollit; sive non impedit, quominus quis suus heres vocari possit, jure nempe, non autem facto (2); suus enim heres non eo sensu quis

dicitur, quod necessario hereditatem capere debeat, sed quatenus hereditas ad eum perventura est, nisi nominatim fuerit exheredatus. Inst. l. 1. tit. 14. ff. l. 26. tit. 2 Cod. l. 5. tit. 28.

(1) *L. Quo tutela* 73. §. 1. *ff. De reg. juris.*

(2) *Argum.* §. *Non solum autem* 4. *inst. De pupil substitutione.* (2. 16.)

§. 1403.

Opportune hic quaeri potest, an jus hoc patri competat, qui minor aetate sit? Denegandum videretur ea ratione, quod tutor liberorum suorum esse nequeat, si ad legitimam aetatem nondum pervenerit (1). Verum, cum plenissimam habeat potestatem in liberos suos pater minor vigintiquinque annis, aeque ac major, et paterfamilias non minus dici possit, cui leges facultatem concedunt de rebus suis testamento disponendi, eoque tutelas constituendi (2), minor aetas patris non videtur, impedimento esse, quominus testamento filiis suis tutorem eligat. Atque non inepte defendi posset, etiam ad tutelam filii emancipati admittendum exemplo matris testamento ad tutelam vocatae (§. 1439.), maxime quia consilii imbecillitatem supplet naturalis affectio quae in patre maxima est.

(1) §. *Furiosus* 2. *inst. hoc tit.*, *ubi generalis regula statuitur*, *minores a tutelae munere repelli*, *nec ibi*, *nec alibi exceptio traditur*, *favore patris*, *qui filium suum emancipaverit.*

(2) *L. Verbis legis* 120. *ff. de V. S.*

§. 1404.

Quoad matrem non idem semper jus fuit observatum. Antiquo jure vix matri concedebatur, ut tutorem filiis suis daret, non tantum vivo patre, sed et eo defuncto, quamvis heredem instituisset filium (1): postea omnino recipi coepit, ut, filio heredi instituto, posset mater, tutorem nominare (2); quin et eo deventum est, ut permissum fuerit matri, etiam tutorem dare filio, quem non instituisset, dummodo tamen praevia inquisitione fuisset a judice confirmatus (3).

(1) *L.* 1. §. 1. *ff. De confirmand. tutore* (26. 3.), *l. Peto* 69. §. *Mater* 2. *ff. de legatis* 2. (31. 1.)

(2) *L. Pater* 4. *ff. hoc tit.*

(3) *Mater testamento filiis tutores dare non potest*, *nisi eos heredes instituerit. Quando autem eos heredes (non) instituerit*, *solet ex voluntate defunctae datus tutor a praesidibus confirmari. L. Mater* 4. *cod. hoc tit.*, *l. Mulier liberis* 2. *ff. de confirmando tutore.*

§. 1405.

Sed duplex hic oritur quaestio. Prima est, an tutor a matre datus confirmari debeat praevia inquisitione, an ea praetermissa a judice sit probandus. Altera, an tutor a matre nominatus quaecumque bona possit administrare, an vero ea tantum, quae a matre habuit.

§. 1406.

Si jus vetus inspiciamus, certum videtur, tutorem a matre datum nonnisi praevia inquisitione fuisse confirmandum: quo differt tutor a matre datus a tutore dato a patre ratione minus legitima (1) Quod merito constitutum fuit ob infirmum mulieris consilium.

(1) *Sed et*, *inquiri in eum*, *qui matris testamento datus est*, *tutor*, *oportebit; cum a patre datus*, *quamvis minus jure datus sit*, *tamen sine inquisitione confirmatur. D. l.* 4. *ff. hoc tit.*

§. 1407.

Sed aliud placuisse videtur Imperatori Alexandro; postquam enim tradidit, matrem, filiis tutores dare, non posse, nisi eos instituerit, addit, solere tamen datum tutorem a praesidibus confirmari, etiam eo casu, quo filius non sit institutus: nec inquisitionis ullatenus meminit (1): unde confirmatio sola requiri videtur sine inquisitione, cum filius a matre heres scriptus non est; atque ita quidam ex interpretibus ratiocinantur.

Inst. l. 1. tit. 14. ff. l. 26. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 28.

(1) *D. l. Mater 4. cod. hoc tit.*

§. 1408.

Plures sunt, inter quos Cujacius (1), qui ad eludendam difficultatem negativam particulam tollunt ex laudato Alexandri rescripto, itaut sensus sit, etiam tutorem datum a matre, quae filium heredem instituerit, judicis auctoritate confirmandum esse. Verum, cum legum emendatio, quantum fieri potest, vitanda sit, ne, hac semel facultate concessa interpretibus, omnia in dubium revocari possint, vel pro arbitrio legum sententiae detorqueri, particula negativa retineri potest, quin necessario inde consequatur, a jure vetere Imperatorem recessisse.

(1) *In* §. 1. *inst. De tutel.*

§. 1409.

Regula generalis est ab omnibus probata, et ab Imperatoribus Theodosio, et Valentiniano tradita, ex veteribus legibus dijudicandas esse quaestiones omnes, quae novis constitutionibus specialiter non sunt definitae (1). Tota ergo disputatio eo exigi debet, utrum Alexander vetere jure abrogato novum induxerit, tum in eo, quod spectat confirmationem tutoris a matre dati filio heredi instituto, tum in inquisitione, quae etiam in casu institutionis praecedere debuit (2).

(1) *Quicquid autem hac lege specialiter non videtur expressum, id veterum legum, constitutionumque regulis omnes relictum intelligant. L. Praecipimus* 32. §. *ult. cod. de appell.* (7. 62.)

(2) *D. l. Pater* 4. *ff. hoc tit., l.* 1. §. 1., *et L.* 2. *ff. De confirmand. tut.* (26. 3.)

§. 1410.

Sane, si Imperatoris verba attente perpendamus, nihil in iis occurrit, quod novi juris sanctionem praeseferre videatur. Tradit in primis, matrem, testamento filiis tutorem dare, non posse, nisi eos heredes instituerit (1): atque verba haec, quae, de jure stricto accipienda sunt, veteribus legibus conveniunt (2).

(1) *D. l. Mater* 4. *cod. hoc tit.*

(2) *D. l.* 4. *ff. hoc tit., d. l.* 1. §. 1. *ff. De confirmando tutore.*

§. 1411.

Subdit: *quando autem eos heredes non instituerit, solet ex voluntate defunctae datus tutor a praesidibus confirmari.* Neque hic novi juris vestigium occurrit; tum quia jam obtinuerat ex pandectarum jure, ut mater tutorem dare posset ex aequitate filiis nentiqnam institutis (1); tum quia, dum usum commemorat Imperator, vetus jus confirmare, non novum inducere, satis aperte demonstrat.

(1) *Mulier liberis non recte testamento tutorem dat; sed, si dederit, decreto praetoris, vel proconsulis ex inquisitione confirmabitur. D. l. Mulier* 2. *ff. De confirmando tutore.* (26. 3.)

§. 1412.

Neque objiciatur, confirmationem tantum desiderari a legislatore, eum filius a matre non fuit institutus: unde a contrario erui possit, ne confirmationem quidem necessariam esse, si institutus proponatur filius; neque inquisitio unquam praecedere debeat; hoc enim argumentandi genus prodesse nullatenus potest; eum translatitium sit, ex aliis legibus suppleri posse, et debere, quod uni legi deest (1). Atque regula haec eo vel maxime obtinet in quaestione, quam pertractamus; quod Imperator, non jus novum constituere, sed vetus confirmare, demonstrat, dum usus meminit: atque alibi idemmet Imperator inquisitionem, et confirmationem indistincte requirit in tutoribus a matre datis (2).

(1) *L. Ideo* 27., *l. Sed et posteriores* 28. *ff. de legib.* (1. 3.)

(2) *Testamento matris tutores dati, excusare se, necesse non habent, nisi decreto secundo voluntatem defunctae, et quidem inquisitione habita dati fuerint. L.* 1. *cod. de confirm. tutor.* (5. 29.)

§. 1413.

His addendum, et legum auctoritatem, et rectam rationem suadere, ut aliquod discrimen sit inter tutorem, qui a matre, eumque, qui a patre testamento fuerit nominatus. Nullum autem discrimen esset, si tutor a matre datus filio instituto confirmatione non indigeret, et datus exheredato confirmandus esset sine praevia inquisitione; cum et ipse tutor paterno judicio electus confirmari debeat, si datus sit filio emancipato, vel testamento minus solemni, vel codicillis testamento non confirmatis (1).

Inst. l. 1. tit. 14. ff. l. 26. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 28.

(1) *D. l.* 1. §. 1. *ff. de confirm. tut.* (26. 3.)

§. 1414.

Concludamus, licere quidem ex benignitate matri tutorem filiis dare, sive eos instituerit, sive praeterierit, aut exheredaverit; sed in utroque casu a judice confirmandum esse praevia inquisitione ob fragile mulieris judicium (1): quamquam levior sufficit inquisitio, cum mater heredem filium instituit: quia in hac specie potius praesumendum est, eandem filiis suis convenienter prospexisse, ne, bona, quae eis reliquit, per tutorem minus idoneum administrari, atque hinc dilapidari, contingat.

(1) *Thes. quaest. forens. lib.* 4. *qu* 74. *num.* 3.

§. 1415.

In altera quaestione, an tutoris a matre dati auctoritas ad omnia pupilli bona extendatur, an ad ea tantum, quae ex ipsa matre habuerit, duplex fingenda est species: altera scilicet, qua mater patri praemoriatur: altera, quae praedefunctus fuerit pater. Si mater praemoriatur, atque heredem illum instituerit omnino affirmandum est, tutorem ab ipsa nominatum, materna tantum bona administrare, posse (1); nec enim aequum esset, patri administrationem auferri eorum bonorum, quae aliunde filius habere potest, ut tutori a matre electo credatur (2).

(1) *Quin et hic proprie tutor non erit, sed potius administrator; cum leges tutorem dari non permittant illi, qui sub patria potestate constitutus est.* §. *Permissum est* 3. *inst. de tutelis* (1. 13.), *l.* 1. §. *ult.: l.* 2. *ff. hoc tit.; atque in hoc differunt tutor, et administrator, quod hic earum tantum rationem reddere teneatur, quae administravit; tutor autem omnium, ut infra demontrabimus.*

(2) *Thes. d. quaest.* 74. *lib.* 4. *num.* 1. *et* 2.

§. 1416.

Quod si ponamus, prius decessisse patrem relictis filiis impuberibus, nullo tamen tutore ipsis designato, atque eorum tutelam matrem auscepisse, quae post decedens filiis adhuc in pupillari aetate constitutis tutorem nominaverit, extra dubium est, tutorem hunc, cujuscumque generis bona, posse, administrare; alioquin nulla ratione subsisteret, quod superius ex legum auctoritate demonstravimus (§. 1404.), matrem posse, tutorem filiis dare, quamvis eos heredes non scripserit.

§. 1417.

Diversum jus obtinet in extraneo, cui leges ea tantum conditione facultatem concedunt tutorem nominandi pupillo, si eum heredem scripserit (1): et merito quidem; nam neque in ipso occurrit patria potestas, sicuti in patre, nec naturalis affectio, quemadmodum in matre contingit, ex qua legitima oritur praesumptio, filiis suis idoneum tutorem elegisse.

(1) *Si patronus, vel quivis extraneus, impuberi, quem heredem instituerit, tutorem dederit, et extra ea nihil in bonis pupillus habeat; non male dicetur, judicium ejus sequendum esse, qui et personam ejus, quem tutorem esse voluerit, noverit, et impuberem ita dilexit, ut eum heredem institueret. L.* 4. *ff. de confirm. tutor.* (26. 3.)

§. 1418.

Hinc confirmari quidem a praetore debebit, sed praevia diligenti inquisitione (1). Quin et eorum tantum bonorum huic tutori administratio concedenda videtur, quae

Inst. l. 1. tit. 14. ff. l. 26. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 28.

pupillus ab extraneo nominatore habuit, ut indicat non obscure jureconsultus, eum ait, confirmandum esse tutorem pupillo datum ab extraneo, qui eum heredem instituerit, si extra ea bona nihil habeat pupillus (2); et comprobari potest exemplo patris naturalis, cui Justinianus naturali filio tutorem nominandi facultatem quidem tribuit, sed in iis tantum rebus, quas secundum modum a legibus praefinitum ei reliquerit (3).

(1) *L. 1. §. 1., et 2. ff. de confirm. tutor.* (26. 3.)
(2) *D. l. Si patronus 4. ff. hoc tit.*
(3) *L. ult. cod. de confirmand. tutor.* (5. 29.)

§. 1419.

Sed quid juris erit, si extraneus tutorem dederit pupillo, qui alia bona possideat, quique tutorem alium jam habeat, vel testamentarium a parentibus datum, vel legitimum? Quamvis Paulus indicare videatur, in ea tantum specie confirmandum esse tutorem ab extraneo datum, qua pupillus aliunde bona non habeat (1); quia tamen aequitas ipsa demonstrat, unumquemque posse rei suae, quam velit, legem dicere, non dubium, quin pro rebus ab extraneo acquisitis confirmandus a judice sit, saltem ut administrator (2); quod leges nullibi prohibent.

(1) *D. l. Si patronus 4. ff. de confirm. tutor.* (26. 3.)
(2) *V. quae diximus §. 1415. allegat. 1. Atque hinc receptum quoque est, ut pupilli heredis ab etxraneo scipti educatio interdum credatur illi, quem extraneus elegerit; excluso ipso, et invito patre, si ita statuendi justa fuerit caussa. Testator enim institutioni quamlibet adjicere potest conditionem, quae nec bonis moribus contraria sit, nec a legibus reprobetur, eaque omnino debet adimpleri. §. Heres 9. §. 10. et 11. inst. de hered. inst. (2. 14.), tit. digest. de condit. instit.*

§. 1420.

Unum hic superest animadvertendum: videlicet posse, a judice dari tutorem, cum talis testamento tutor datus est, qui indiget confirmatione, si hic jus suum non prosequatur, nec confirmationem petat (1); nec enim debet pupillus, interim indefensus manere, unde bona ejus dissipari contingat.

(1) *Si (ut proponis) pupillo cujus meministi, pater inutiliter testamento tutores dedit; et priusquam hi confirmarentur, alii ab eo cujus interest, dati sunt, id quidem quod jure gestum est, revocari non potest. L. 3. cod. de confirm. tutor.* (5. 29.)

§. 1421.

Ex hactenus disputatis jam apparet, quibus personis dari tutor possit; pupillis nempe, sub patria potestate constitutis, si jus strictum inspiciamus, non tantum primi gradus, sed et ulteriorum graduum, dummodo non sint in alterius potestatem recasuri (1), sine ulla sexus differentia (§. 1399.): non tantum natis, sed et nascituris, seu posthumis (2), dummodo in ea caussa sint, ut, si vivis parentibus nascerentur, sui heredes, et in potestate eorum fierent; in jure enim receptum est, ut, quoties de ipsorum commodo agitur, posthumi pro natis habeantur (3); quin tamen requiratur, ut heredes fuerint instituti. (§. 1401.)

(1) *Quamquam tutor dari non potest iis, qui sub patria potestate sunt. L. 1. §. ult., l. 2. ff. hoc tit.; potest tamen ipsis dari administrator eorum bonorum, quae quis reliquerit, patre ipso ab administratione excluso (§. 1413. et seq.)*
(2) *§. Cum autem 4. inst. de tutelis (1. 13.), l. 1. §. 1. ff. hoc tit.*
(3) *L. Qui in utero est 7., l. Qui in utero sunt 26. ff. De statu homin.* (1. 5.)

§. 1422.

Haec obtinent ex stricto jure; sed, postquam receptum fuit, ut mater, tutorem filiis nominare posset, nec non extraneus, qui pupillum heredem instituisset, recipi etiam debuit, ut necessaria non esset patria potestas ad hoc, ut patri liceret, tutorem liberis dare, etiam emancipatis, quos a potestate dimiserat, atque naturalibus filiis, quos

nunquam habuit sub potestate (§. 1408.): itaut omnimodo confirmandus sit tutor a patre filio emancipato datus sine inquisitione (1); vel filio naturali, dummodo tamen aliquid filio pater reliquerit (2); quae tamen necessaria est, si a patre nihil ad filium pervenit (3). Inst. l. 1. tit. 14. ff. l. 26. tit. 3 Cod. l. 5. tit. 28.

(1) §. *ult. inst. De tutelis.* (1. 13.)

(2) *D. l. ult. cod. De confirm. tut.* (5. 29.)

(3) *Naturali filio, cui nihil relictum est, tutor frustra datur a patre: nec sine inquisitione confirmatur. L. Naturali* 7. *ff. De confirm. tut.* (26. 3.)

§. 1423.

Certissima haec sunt, cum de patris voluntate constat. Sed dubium esse potest, quibus tutorem dare voluerit: atque hic tres regulae vulgo praestituuntur. Prima est, non tantum filiis, sed et nepotibus, eujuscumque sexus sint, datum tutorem censeri, quoties pater posterorum, aut descendentium nomine usus fuerit, vel liberorum; omnia enim haec nomina cujuscumque gradus, et sexus filiis conveniunt (1); immo etiam posthumis, ut mox ostendemus.

(1) *Liberorum appellatione nepotes et pronepotes, caeterique, qui ex his descendunt, continentur. L. Liberorum* 220. *ff. De verb. signific.*

§. 1424.

Altera est, filiorum nomine filias in hoc argumento contineri (1): quin et filiis cujuscumque sexus tutor a patre datus intelligitur, quamvis singulari numero filium nominaverit (2); ex patris enim aequali erga omnes affectione legitima oritur praesumptio, vel ex inconsideratione ita scripsisse, vel, unius filii nomine omnes comprehendere, voluisse: nisi forte ignoraret, se alios filios habere: vel defunctum crederet eum, qui adhuc in vivis erat; quia in hac specie ignorantia voluntatem excludit (3); quam tamen non excluderet filii captivitas (4).

(1) *Si quis ita dederit, Filiis meis tutorem do: in ea conditione est, ut tam filiis, quam filiabus dedisse videatur; filiorum enim appellatione et filiae continentur. L. Si quis ita* 16. *ff. hoc tit*

(2) *D. l.* 16. §. 1. *ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 16. §. *Si quis* 3 *et seq ff. hoc tit.*

(4) *D. l.* 16. §. *Si quis liberis* 2.

§. 1425.

Sed filiorum nomine nepotes in hoc argumento non continentur (1); neque enim regula generalis est, quae semper locum habeat, filiorum appellatione omnes liberos intelligi (2); sed in iis tantum casibus obtinet, in quibus aequitas, aut voluntas testatoris sufficienter manifestata hanc extensionem expostulant. Quare merito dixit Julianus, filii nomen nepotem non complecti, nisi justa interpretatio ita suadeat (3): alioquin firmissime tenendum est, aliter filios, quam nepotes appellari (4).

(1) *Quod si nepotes sint, an appellatione filiorum et ipsis tutores dati sint? Dicendum est, ut et ipsis quoque dati videantur: si modo liberos dixerit: Caeterum, si filios: non continebuntur.* §. *Si quis filiabus* 5. *inst. hoc tit.*

(2) *L. Filii* 84 *ff. De verb. significat.*

(3) *Justa interpretatione recipiendum est, ut appellatione filii ..., et nepos videatur comprehendi. L Justa* 201. *ff eod. tit.*

(4) *Aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. D.* §. 5. *inst. hoc tit.*

§. 1426.

Neque objieiatur, aequitatem exposcere, ut filiorum nomine nepotes hic comprehendantur, quorum favor vertitur; siquidem eum nepotum favore concurrit gravissimum tutoris onus: quo fit, ut verba testatoris eo sensu intelligi debeant, quem justa communem aestimationem praeseferunt, nec eorum vis extendatur (1). Adde, contingere facile

Inst. l. 1. tit. 14. ff. l. 26. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 28.

posse, ut potius intersit nepotum, tutorem legitimum habere, quam eum, qui filiis a patre fuerit tutor designatus.

(1) *D. l. Justa interpretatione* 201. *ff. De verb. significat.*, *d.* §. 5. *inst. hoc tit.*

§. 1427.

Exceptio tamen in ea specie admittenda est, qua testator nullos filios superstites habeat, sed tantum nepotes; tunc enim justa verborum interpretatio suadere videtur, ut testatoris dispositio ad nepotes protrahatur (1), quos nomine filiorum facilius donasse, merito praesumitur.

(1) *Argum. d. l.* 201. *ff. De verb. significat.*

§. 1428.

Tertia demum regula continetur, nomine filiorum posthumos etiam designatos reputari, itaut ipsis etiam datus intelligatur tutor filiis a patre datus (1); quia posthumi pro natis habentur, quoties de eorum commodo agitur (2): nec nominatio intercidit, quamvis posthumus vivo adhuc patre fuerit natus, etiamsi expressis verbis pater posthumi meminisset (3). Aliud in legatis obtinet, quae filiis relicta, posthumis non debentur (4); quia legata ex singulari affectione relinqui solent, quae in posthumos cadere non videtur, nisi specialis de iis mentio facta sit, vel saltem gravia urgeant indicia.

(1) *Si quis filiabus suis vel filiis tutores dederit, etiam posthumae (vel posthumo) dedisse videtur; quia filii vel filiae appellatione et posthumus et posthuma continentur D.* §. 5. *inst. hoc tit.*

(2) *D. l. Qui in utero* 7., *et l. penult. ff. De statu homin.* (1. 5.), *l. Si quis filiabus* 5., *et l. seq. ff. hoc tit.*

(3) *L. Si quis ita* 16. §. *ult. ff. hoc tit.*

(4) *L. Qui filiabus* 17. *de legat.* 1. (30. 1.)

§. 1429.

Si testator ita scripserit: *illi, aut illi filiis meis, utri eorum volet, Titius tutor esto*; veteres existimabant, non recte hac formula tutorem datum; quia inutilis fieret nominatio, si Titius constituere noluisset, utrius ex filiis tutelam susciperet (1). Verum Justinianus, veterum ambiguitate explosa, sancivit, ut in hac specie utriusque filii tutela commissa videatur; sicut et uterque tutor datus, cum ita scripsit testator: *ille, aut ille filiorum meorum tutor sit* (2): eo fundamento, quod particula disjunctiva pro conjunctiva accipienda sit, quoties de alterius commodo agitur, quemadmodum etiam veteribus in aliis casibus placuit (3).

(1) *L. Tutor ita* 23. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Cum quidam* 4. *cod. De verb. et rer. signific.* (6. 38.)

(3) *L. Saepe ita* 53. *ff. De verb. signific.*

§. 1430.

Quod pertinet ad eos, qui testamento tutores nominantur, regula generalis est, eos omnes dari, posse, qui idonei sint ad pupilli mores instruendos, ejusque bona administranda. Neque etiam necessum est ad vim nominationis, ut hisce dotibus quis polleat ipso tempore conditi testamenti. Sed sufficit, si iis instructus esse valeat, priusquam pupillus, cui tutor designatus est, ad pubertatem perveniat.

§. 1431.

Hinc furiosus, et minor recte tutores testamento dantur, qui tamen tunc tutelam dumtaxat gerent, cum primus mentis compos factus fuerit, alter vero ad legitimam aetatem pervenerit (1): atque interim tutor, aut curator a Magistratu dabitur (2).

(1) *Furiosus vel minor viginti quinque annis tutor testamento datus, tutor tunc erit, cum compos mentis, aut major viginti quinque annis fuerit factus.* §. 2. *instit. hoc tit.*, *l. Furiosus* 11. *ff. De tutel.* (26. 1.), *l. Si hereditas* 10. §. *Si furiosus* 3. *ff. hoc tit.*

(2) §. 1. *inst. De attiliano tutore* (1. 20.), §. *Interdum* 5. *inst. De curatoribus* (1. 23.), *l. Non solum* 10. §. *Si libertas* 7. *ff. De excusationib.* (27. 1.)

Inst. l. 1. tit. 14. ff. l. 26. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 28.

§. 1432.

Quod si minor apud judicem se majorem dixerit, jurejurando etiam interposito, non ideo tutor esse poterit; neque enim ex hac affirmatione fit, ut satis aptum sit ejus consilium ad tutelam administrandam. Hoc tamen discrimen interest inter eum, qui dolo malo se majorem affirmavit; et alterum, qui ex imprudentia, vel ignorantia ita asseruerit, quod prioris sumptibus, et diligentia dandus sit tutor, ut ita culpa ejus coerceatur, posterior vero absolvi debeat (1).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 5. *tit.* 20. *def.* 2.

§. 1433.

Idem juris esse puto de minore xxv. annis, qui a Principe veniam aetatis impetraverit; haec enim eo quidem tendit, ut libera bonorum administratio minori concedatur, excepta alienatione, et hypotheca (1): non autem eo protrahenda est, ut publicorum, et civilium munerum capax fiat: ne alioquin in bonis alterius minoris permissa esse dicantur, quae in propriis non conceduntur.

(1) *L. Eos, qui* 3. *cod. De his, qui veniam aetat. impetr.* (2. 45.)

§. 1434.

Diversa est conditio filiorumfamilias, quos tutores nominari leges permittunt (1); quamvis et ipsi in potestate patris sint; cum enim tutela publicis muneribus accenseatur (2), filii autem familias in publicis caussis tamquam patresfamilias considerentur (3); itaut pater filio Magistratum gerenti obtemperare debeat (4), patria potestas impedimento esse non potest, quominus tutoris officio fungantur; ne contra aequitatem ea, quae ad publicum bonum pertinent, anteverti contingat, ut privatorum favor sustineatur.

(1) *Princ. inst. hoc tit.*

(2) *Princ. inst. de excusation. tutor., vel curat.* (1. 25.)

(3) *Filiusfamilias in publicis caussis loco patrisfamilias habetur: veluti si Magistratum gerat, vel tutor detur. L. Filiusfamilias* 9. *ff. de his, qui sui, vel alieni juris sunt* (1. 6.)

(4) *L. Ille, a quo* 13. §. *ult., et l. seq. ff. ad Sen. Cons. Trebell.* (36. 1.)

§. 1435.

Quare vim non facit, quod tradit Ulpianus, eum, qui non est suae potestatis, non posse, alterum sub sua potestate habere (1); quippe intelligendus est jureconsultus de eodem genere potestatis, patriae scilicet, quam filiusfamilas alterius imperio subjectus habere non potest: non de diverso genere; alioqnin enim filiifamilias ab omnibus reipublicae muneribus repellerentur, quod rectae rationi, et publicae saluti aeque adversatur.

(1) *L. Sic eveniet* 21. *ff. ad l. Jul. de adulteriis.* (48. 5.)

§. 1436.

Quod de filiofamilias tutore dando diximus, non tantum locum habet in testamento, sed etiam in eo casu, quo a Magistratu ex officio eligendus tutor sit (1): Aliud jus obtinet in minore, aut in furioso, qui tutores a Magistratibus eligi non possunt; tum quia officium Magistratus est, pupillorum indemnitati convenienter, et statim prospicere; nec, illorum judicia in suspenso esse, publica salus patitur (2); tum etiam, quia interim a Magistratu idoneus tutor datur, cum testamentarius in ea caussa est, ut statim gerere non possit: nemo autem Magistratus minus idoneam nominationem supplere posset.

(1) *L. Si filiusfamilias.* 7. *ff De tutelis* (26. 1.). *Imo si filiusfamilias tutor creetur a judice, et vere idoneus sit, pater cogitur, ex Hadriani sanctione cavere; alioquin, et ipse tutor dandus est. L.* 15. §. *ult. ff. de excusationibus.* (27. 1.)

(2) *Non quemadmodum fidejussoris obligatio in pendenti potest esse, vel in futu-*

Inst. l. 1. tit. 14. ff. l. 26. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 28. *rum concipi, ita judicium in pendenti potest esse. L. Non quemadmodum 35. ff. de judiciis.* (5. 1.)

§. 1437.

De mulieribus certa res est, eas a tutela excludi: quemadmodum et a caeteris civilibus, vel publicis officiis (1); nisi specialiter a Principe filiorum suorum tutelam petierint (2), si jus vetus inspiciamus; jure enim novo matri, et aviae indistincte concessum est, ut tutelam filiorum, aut nepotum gerere possint, quin rescripto principali opus habeant (3): dummodo prius utraque Senatusconsulti Vellejani auxilio, et secundis nuptiis, olim interposito jurejurando, nunc simpliciter renunciet (4); quae tamen renunciatio moribus, ait Faber, improbata est, quia libera debent esse matrimonia (5): filiorum inquam, tum legitimorum, tum et naturalium (6); quin alterutri objici possit, quod debitrix sit, aut creditrix; quippe naturalis ejus affectio erga liberos suspicionem omnem excludit (7).

(1) *L. Foeminae 2. ff. de reg. jur., Fab. cod. Quando mulier tutelae officio lib. 5. tit. 21. def. 1. num. 7. in corp.*

(2) *Foeminae tutores dari non possunt; quia id munus masculorum est, nisi a Principe filiorum tutelam specialiter postulent. L. ult. ff. De tutelis.* (26. 1.)

(3) *L. Matres 2. cod. Quando mulier officio tutelae.* (5. 35.)

(4) *Novell. 94. cap. Quia vero 2., Novell. 118. cap. Ex his autem 5., Auth. Matri, et aviae, et Auth. seq. cod. Quando mulier tutel. offic.*

(5) *Fab. cod. eod. tit. Quando mulier tut. offic. etc. lib. 5. tit. 22. def. 2.*

(6) *Auth. Ad haec, et l. ult. cod. Quando mulier etc.*

(7) *D. Auth. Ad haec.*

§. 1438.

Imo progressu temporis eo deventum est, ut mater, et avia tutoribus ipsis legitimis praeferantur, non vero testamentariis (1): itaut primo matri tutela deferatur, post ea deficiente, vel tutelam recusante ad aviam perveniat: ut demonstrat Justinianus, cum utramque ad tutelam secundum ordinem vocat (2).

(1) *Matri, et aviae, secundum ordinem tutelam etiam ante agnatos subire, permittimus, si inter gesta nuptiis aliis, et Senatusconsulti Vellejani auxilio renunciaverint: solis testamentariis tutoribus eas praecedentibus; legitimis, et dativis postpositis. D. Auth. Matri, et aviae.*

(2) *Fab. cod. eod. tit. lib. 5. tit. 21. def. 1. num. 8. in allegat.*

§. 1439.

Hinc sequitur, et receptum est, matrem tutelam assumere posse, etiam non expectato judicis decreto; cum tutelae munus ad ipsam, non tam jure deferatur, quam pietatis intuitu, saltem si testamento tutrix fuerit designata (1). Quin nec ab ea repellendam esse tradit Faber: quamvis aetate minor sit, si judicium defuncti pro se habeat (2); quia imputare sibi pater debeat, si minus idoneam tutricem dederit. Quamquam recte facturum putat judicem, si non aliter eam velit confirmare, quam si satisdet, maxime si filiafamilias sit, quae difficilius solvendo esse potest: nisi pater satisdationem expresse remiserit (3). Sed satius est, pupillo utilius, et regulis generalibus juris magis conveniens, curatorem interim matri adjungi, donec ad legitimam aetatem pervenerit (4).

(1) *Quippe in hac specie matri favet tum lex, tum voluntas testatoris, adeoque necessarium non est judicis decretum, ut tutorum juribus fruatur, et auctoritate polleat.*

(2) *Fab. cod. d. tit lib. 5. tit. 21. def. 1. n. 8. in corpore, ub ait ita tractatum.*

(3) *Fab cod. d. lib. 5. tit. 21. def. 3.*

(4) *Utilitatem enim pupillorum potissimum prae oculis habere debet judex. L. Utilitatem pupillorum 10. ff. De confirm. tut.* (26. 3.) *spreto etiam patris consilio.*

§. 1440.

Unus est casus, quo mater tutrix esse nequeat filiorum suorum, cum scilicet ad secundas nuptias transit (§. 1239.). Neque mulieri ad secundas nuptias convolanti suffragatur agnatorum, et cognatorum omnium consensus, aut judicis auctoritas, qui praevia inquisitione eam tutricem elegerit; quod enim mater virile tutelae officium gerere possit, privilegium est ab Imperatoribus indultum, quod extra limites ab ipsis constitutos judici protrahere, non licet: unde sequitur, nullam esse judicis sententiam, ipso jure, quamvis nemo ab ea provocaverit. Atque ita definivit Senatus Sabaudus (1). Inst. l. 1. tit. 14. ff. l. 26. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 28.

(1) *Fab. cod. eod. tit. lib.* 5. *tit.* 21. *def.* 2.

§. 1441.

Quare in proposita specie, alium tutorem pupillo dandum, censuit idem supremus Ordo, agnatis, et cognatis vocatis et quidem sumptibus, et diligentia matris; tum ut in eo coerceatur, quod contra legum sanctionem tutelam assumere praesumpserit; tum quia ad ipsius officium, et pietatem spectet, ut liberis suis impuberibus tutorem petat (1). Excipiendus tamen casus est, quo mulier a Principe impetraverit (2), ut per secundas nuptias filiorum tutela non privetur (§. 1242.), et cum testamento tutrix fuit a praedefuncto conjuge designata. (§. 1241.)

(1) *Fab. d. def.* 3. *num.* 10., *et seq. in corp.*

(2) *Potest tamen, non obstante Principis facultate matri concessa, Senatus, ad quem pertinet hujusce rescripti interinatio* (§. 145.), *si ita videatur opportunum, et suadeant singularia rerum, et personarum adjuncta, quasdam cautiones praescribere, quibus indemnitati pupillorum tutius prospiciatur, puta ut singulis annis rationes reddat, ab alienatione stabilium abstineat, imo et ab exactione pecuniarum, quae pro alimentis necessariae non sint, nisi illas eodem tempore utiliter implicet, et consequenter prohibere debitoribus pupillorum, ne pecuniam debitam solvant, nisi in instanti, quo brevi manu expendenda sit pecunia in emptionem praediorum: futurum alioquin, ut debitores plenam liberationem non consequantur; Princeps enim tutelae cum secundis nuptiis consociationem binubae matri permittens, praesumi nequit, Magistratibus interdicere, ne statuant, quae pupillorum utilitas exposcit. L. Utilitatem pupillorum* 10. *ff. De confirm. tut.* (26. 3) *junct. l. Rescripta* 7. *cod. de precib. Imperat. offerend.* (1. 19.)

§. 1442.

Caeterum, quod de matre diximus, obtinet, si ipsa sponte eligat: si autem tutelam, sive a marito, sive a judice delatam suscipere recuset, nullo jure cogi potest; nec tenetur, aliquam excusationis caussam allegare, aut probare; Justinianus enim matri quidem beneficii instar indulsit, ut tutrix filiorum suorum esse possit, sed cogendam nullatenus jussit (1): beneficium autem non est in odium mulieris retorquendum; maxime quia hinc videretur, libera secundarum nuptiarum facultas auferri, quae cum tutela conciliari nequit (2), nisi ex privilegio, quod non indistincte conceditur.

(1) *Matri, et aviae secundum ordinem tutelam etiam ante agnatos subire permittimus. D. Auth. Matri, et aviae cod. Quando mulier tutelae officio.* (5. 35.)

(2) *D. Auth. Sacramentum cod. eod. tit., Fab. cod. eod. tit. lib.* 5. *tit.* 21. *def.* 1.

§. 1443.

Neque objiciatur, ibi esse debere tutelae onus, ubi commodum est successionis (1): haec enim regula locum quidem habet in agnatis, et cognatis, quos ideo lex tutelae subjecit, quia sperant emolumentum successionis; non vero in matre, cui pietatis intuitu, et ex praesumpta affectione liberorum suorum tutela permittitur (2).

(1) *Auth. Sicut hereditas cod. De legitima tutel.* (5. 30.)

(2) *D. Auth. Ad haec cod. Quando mulier tutel. offic.*

§. 1444.

Inst. l. 1. tit. 14. ff. l. 26. tit. 2. Cod. l. 5. tit 25.

Hinc infert Faber, matrem, quae tutelam filiorum suscepit, libere posse, eam abjicere, sive aetate minor fuerit, sive major, cum hujusmodi onus assumpsit: quin necessarium sit beneficium restitutionis in integrum (1); quamvis aliud jus in caeteris tutoribus observetur, qui a tutela semel suscepta, nisi cognita caussa, se eximere non possunt (2). Discriminis ratio in aperto est: qui ad tutelam, sive testamento, sive a lege, sive a judice vocatur, eam subire cogitur (3), adeoque nec ab ea propria sponte recedere potest: contra, cum mater libere filiorum tutelam suscipiat, eodem jure susceptam abjicit.

(1) *Fab. cod Quando mulier tutel. offic. lib.* 5. *tit.* 21. *def.* 1.
(2) *Princip. inst. De excusationibus tutorum, vel curatorum.* (1. 25.)
(3) *D. principio inst. De excusat. tut.*

§ 1445.

Equidem saepe contingit, ut ea, quae ab initio liberae voluntatis sunt, postea fiant necessitatis (1): ut evenit in commodato (2): sed regula haec locum tantum habet in iis, quae juris sunt; non in aliis rebus, quae beneficii, et privilegii instar conceduntur; nemo enim privilegio semel agnito uti invitus cogi potest (3).

(1) *L Sicuti initio* 5. *cod. de oblig , et action* (4. 10)
(2) *L. In commodato* 17. §. *Sicut autem* 3. *ff. commodat.* (13. 6.)
(3) *L. Beneficium* 69. *ff. de reg. jur.*

§. 1446.

Quae de matre, et avia diximus, eadem in clericis obtinent, quibus Justinianus, tutelam consanguineorum assumere, permisit, si sponte consentiant, et intra quatuor menses, ex quo vocati sunt, apud competentem judicem talem administrationem se propria voluntate suscepisse declarent; exceptis tamen Episcopis, et monachis (1); officium enim pietatis est eorum, qui sanguine conjuncti sunt, curam gerere (2): a caeteris autem abstinere debent, ne ob aliena negotia a divino cultu abstrahantur.

(1) *Novell.* 123. *cap. Deo autem* 5 , *Fab. cod. lib.* 5. *tit.* 21. *def.* 1. *num.* 4. *in allegat.* †, *dummodo tamen idonee caveant. V. Pratica legale par.* 2. *tom.* 1. *cap.* 53. §. 5.
(2) *Cap. ult. distinct.* 86.

§. 1447.

An autem beneficium a Justiniano matri, et aviae concessum, ad alias ejusdem sexus personas, quae arctissimo cognationis jure detineantur, protrahi aliquando possit, communis est negantium sententia; tum quia privilegia contra jus concessa non sunt extra personas privilegio comprehensas extendenda (§. 190.); tum quia in aliis mulieribus eadem affectionis singularis non occurrit ratio, quae legislatores movit, ut favore matris, et aviae a stricto jure recederent. (§. 1443.)

§. 1448.

Hinc sequitur, novercam liberis prioris matrimonii dari non posse a marito tutricem; quod enim speciali jure leges matri, et aviae concesserunt pietatis, et charitatis intuitu; locum sane habere non potest in noverca, quae a tutela magis removenda videtur, quam alia quaecumque mulier; quia, praeterquamquod tutela natura sua virile munus est (1), specialis suspicionis caussa in eam cadere videtur, quam mariti nominatio non tollit: qui alioquin efficere non potest, ne leges in suo testamento locum habeant (2).

(1) *L. Tutelae* 16 , *l. ult. ff. De tutelis, l.* 1. *cod. Quando mulier tutelae officio fungi possit.* (5. 35.)
(2) *L. Quod bonis* 15. §. 1. *ff. ad l. falcid.* (35. 2.), *l. Testandi* 13. *cod. De testamentis.* (6. 23.)

§. 1449.

Aliud in vitrico obtinet, quem nullibi leges a tutela privignorum repellunt (1). Quare tum testamento, tum a Magistratu tutor potest nominari: nisi ex quibusdam circum-

stantiis timeatur, ne male administraturus sit pupilli facultates. Quinimo, non tantum tutorem designari posse a judice, censuit Sabaudus Senatus, sed etiam pupilli educationem ipsi committendam, si agnatis, et cognatis ita videatur; nec quidquam caussae sit, cur judex eorum sequi non debeat voluntatem (2).

Inst. l. 1. tit. 14. ff l. 26. tit. 2. Cod. l 5. tit. 28.

(1) *L. ult. cod. De contrar. judic. tutelae* (5. 58.), *l. Nonnunquam* 32. §. 1. *ff. De adoptionib.* (1. 7.), *l. Mater* 2. *cod. De interdic. matrim.* (5. 6.)

(2) *Fab. cod. Ubi pupillus educari debeat lib.* 5. *tit.* 30. *def. unica.*

§. 1450.

Exceptio superius traditae de mulieribus regulae quaedam est, cum de cura bonorum absentis agitur; cum enim curatio haec nihil aliud fere sit, quam praeoccupatio successionis, solet ea cura deferri iis, qui proximo vocantur ad successionem; quamvis foeminae sint, vel infantes ad succedendum proximiores (1). Sed de hac re uberius suo loco dicemus.

(1) *Fab. cod. Qui tutores dare, dative possint lib.* 5. *tit.* 20. *def.* 4. *num.* 11. *in corpore*, *et num.* 12. *in allegat.*

§. 1451.

De creditore, et debitore regula generalis est a Justiniano constituta, utrumque a tutela repelli; quia timendum sit, ne pupilli utilitatibus suas praeponant, atque in ejus perniciem tutoria auctoritate abutantur (1): quin intersit, utrum magnum, an modicum sit debitum, vel creditum; quia lex inter haec non distinguit, et perversae administrationis suspicio semper adest (2): nisi minimum sit, cujus nulla in jure ratio habetur.

(1) *Auth Minoris debitor cod. hoc tit.*

(2) *L. De pretio* 8. *ff. de publician. in rem actione.* (6. 2.)

§. 1452.

Verum ex communi sententia regula haec locum non habet in matre, et avia, (§. 1441.): nec in tutore, aut curatore testamentario, quem defunctus sciverit debitorem, vel creditorem; quia nulla suspicio in eum cadere posse videtur, cujus fidem testator probavit (1).

(1) *Fab. cod. Qui tutor., aut curator. dare lib.* 5. *tit.* 20. *def.* 1., *argum. l.* 1. §. *penult. et ult.*, *l Qui a patre* 3., *l. Si filio puberi* 6. *ff. De confirmand. tut.* (26. 3.), *l. Amicissimos* 36. *ff. De excusat.* (27. 1.)

§. 1453.

Quid de servis in hoc argumento sentiendum sit, aperit Justinianus (1), tradens, servum proprium non solum cum libertate tutorem dari posse, verum etiam sine ea, quam tacite accepisse intelligitur, si tutor fuerit nominatus: nisi per errorem liberum putaverit testator eum, qui servus erat. Subdit Imperator, alienum servum pure inutiliter testamento tutorem dari, sed dandum sub conditione, cum liber erit; quia solus liber homo tutelae capax est (§. 1390.); proprium autem servum pure dari posse tutorem, utpotequi libertatem eo ipso consequetur.

(1) §. 1. *inst. hoc tit.*

§. 1454.

Postquam expendimus, qui tutores dare testamento possint, quibus dari, quique dari possint, breviter expendiendum superest, quomodo dari possint. Dari potest tutor, non tantum pure, sed et sub conditione, ad certum tempus, vel ex certo tempore (1); itaut pendente conditione, vel die alius tutor designandus sit a judice, agnatis, et cognatis exclusis (2); Romanis enim placuit, locum fieri legitimae tutelae, quamdiu spes esse potest testamentariae (3).

(1) §. *Ad certum tempus* 3. *inst. hoc tit.*

(2) *Si quis sub conditione, vel ex die tutorem dederit, medio tempore alius tutor dandus est, quamvis legitimum tutorem pupillus habeat. L. Si quis* 11. *ff. hoc tit.*

Inst. l. 1. tit. 15. ff. l. 26. tit. 2. Cod. l. 5. tit. 28.

(3) *Sciendum est enim, quamdiu testamentaria tutela speratur, legitimam cessare. D. l. 11. in princ. ff. hoc tit.*

§. 1455

Quaerunt interpretes, utrum, in hac specie cessare, debeat tutela dativa, si conditio defecerit, ut locus fiat legitimae; cum defecta semel conditione testamentariae spes nulla supersit. Probabilior est affirmantium sententia; Justinianus enim generatim docet, deficiente tutore testamentario agnatos ad tutelam vocari (1): deficere autem tutorem testamentarium, interpretatur, etiam in eo casu, quo is, qui testamento tutor datus est, vivo testatore decesserit (2). Sane nihil interesse videtur, utrum testamentarius defecerit vivo testatore, an eo mortuo: atque deficiente conditione jure dicitur, nullum fuisse, effectu inspecto, tutorem testamento datum.

(1) *Princ. inst. de legit. agnator. tutel.* (1. 15.). *V. d. l. 11. princ., et §§. seqq. ff. hoc tit.*

(2) §. *Quod autem* 2. *inst. eod. tit.*

§. 1456.

Sed quamvis testatori liceat, tutorem ex die, in diem, sub conditione nominare, hoc tamen Magistratibus non permittitur (1) Ratio discriminis ea est, quam supra attulimus, cum diximus furiosum, et minorem testamento quidem nominari tutores posse, non vero judicis officio (§. 1436.); ne judicia mutationi obnoxia, aut in pendenti sint, vel indefensus pupillus remaneat.

(1) *Sub conditione a praesidibus provinciarum, non posse dari tutorem, placet. L. Muto* 6. §. 1. *ff. De tutelis.* (26. 1.)

§. 1457.

Postremo monendum est: postquam obtinere coepit usus codicillorum, non tantum testamento, sed etiam codicillis, dari tutorem, posse, dummodo codicilli fuerint testamento confirmati (1). Quin imo, quamvis forte testamento firmati non fuerint codicilli, confirmandus videtur tutor a patre datus, quemadmodum probatur tutor minus legitimo modo, aut testamento minus solemni nominatus (2).

(1) *Testamento datos tutores accipere debemus etiam eos, qui codicillis testamento confirmatis scripti sunt. L. Testamento* 3. *ff. hoc tit.*

(2) *Qui a patre tutor scriptus est, aut non justo testamento, aut non ut lege praecipiebatur: confirmandus est ad tutelam gerendam, perinde ac si ex testamento tutor esset: idest, ut satisdatio ei remittatur. L. Qui a patre* 3. *ff. De confirmando tutore* (26. 3.).

§. 1458.

Caeterum leges paternae quidem voluntati admodum favent, dummodo tamen de ea legitime constet, nec dubium subsit, patrem forte deceptum fuisse; utilitati enim pupillorum potius, quam testamenti scripturae, aut patris voluntati judex morem gerere debet (1).

(1) *Utilitatem pupillorum Praetor sequitur, non scripturam testamenti . . . . Nam patris voluntatem Praetor, ita accipere debet, si non fuit ignarus, scilicet eorum, quae ipse Praetor de tutore comperta habet. L. Utilitatem* 10. *ff. De confirm. tutore.*

§. 1459.

Hinc aliquando non prius ad gerendam tutelam tutor testamento a patre designatus admittitur, quam praecesserit inquisitio: quin et omnino ab ea removeri poterit, si male administraturus timeatur: veluti si ex amico inimicus fuerit factus, vel ex divite pauperior (1): vel si pater minus penso consilio hoc fecerit: vel, qui prius vir frugi videbatur, deinde coeperit male conversari (2). His, et similibus casibus munus judicis est, diligenter perpensis omnibus personarum adjunctis, tutorem testamento nominatum ad tutelam admittere, vel ab ea repellere, prout suggeret pupillorum favor.

(1) *L. Pater herede* 4. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Si plures* 3. §. *Quamvis autem* 3. *ff. De administr., et peric. tut.* (26. 7.)

Inst. l. 1. tit. 15. ff. l. 26. tit. 4. Cod. l. 5. tit. 30.

TITULUS XV.

De legitima tutela.

Instit. lib. 1. tit. 15. *De legitima agnator. tutela.*
Digest. lib. 26. tit. 4. *De legitimis tutoribus.*
Cod. lib. 5. tit. 30. *De legitima tutela.*

SUMMARIA.

Deficientibus tutoribus testamentariis tutela pervenit ad agnatos, qui commodum successionis habent. §. 1460.

Legitima ergo tutela ea dicitur, quae, citra hominis factum, ex sola legis potestate defertur: et quadruplex est. §. 1461.

Post sublatam a Justiniano differentiam agnatos inter, et cognatos, utrique ad tutelam, ut et ad successionem vocantur. § 1462.

Exceptio est, si agnati tutelae gerendae idonei non sint: vel foemina proximior sit: qua omissa proximior post ipsam tutor erit. §. 1463.

Si unus ex consanguineis proximior sit, solus tutelam gerit: si plures sint in eodem gradu, omnes eam suscipere debent. §. 1464.

Cum proximior agnatus excusatur, vel removetur, tutelam non suscipiunt caeteri agnati, sed judex tutorem dat: nisi duo sint consanguinei in eodem gradu: quo casu, uno excusato, alter onus tutelae solus habet. §. 1465.

Fratres germani unacum patre ad tutelam fratris emancipati vocantur. §. 1466.

Olim quidem solus pater tutelam gerebat; sed, postquam Justinianus novum jus successione induxit, idemque servari voluit in tutela, fratres cum patre munus hoc suscipere debent. §. 1467.

Deficere censetur tutor testamentarius etiam, cum nominatus moritur, vel capite minuitur. §. 1468.

Idem est, si tutor testamento datus fuerit ad certum tempus, vel sub conditione: et tempus effluxerit, extiterit conditio. §. 1469.

Cum tutor testamentarius excusatur, vel removetur, locus fit tutelae dativae; in hoc casu tutela proprie non finitur, ut in aliis speciebus. §. 1470.

Quod diximus, foeminam proximiorem ad tutelam non vocari, exceptionem habet in matre, et avia, quae ad secundas nuptias non transierint. §. 1471.

Mater sponte tutelam suscipit, agnati ex necessitate; quia illa ex indulgentia admittitur, hi ex spe successionis vocantur. §. 1472.

Proponuntur quinque quaestiones hic definiendae de matre, ad tutelam exclusis consanguineis admittenda, vel non. §. 1473.

An mater avo paterno praeferenda sit, distinguendum: si nepos in potestate avi sit, frustra quaeritur de tutela. §. 1474.

Falsum ergo supponunt, qui matri tutelam dant prae avo; quia illi praefertur in successione; hic enim tutelae locus non est. §. 1475.

Si autem nepos potestate avi solutus sit, mater avo praefertur. §. 1476.

Pater non potest, matrem a tutela repellere, si tantum eam prohibeat: potest, tutorem alium testamento designando. §. 1477.

Inst. l. 1. tit. 15. ff. l. 26. tit 4. *Judex quidem eos tutores dare nequit, quos pater prohibuerit: non tamen ideo matrem repellet; quia haec a lege vocatur, illi a judicis arbitrio pendent. Mater ergo removeri non potest, nisi suspecta sit.* §. 1478.

Cod. l. 5. tit. 70. *Pater efficere potest, ut mater binuba a tutela non cesset; patris voluntas tollit suspicionem perversae administrationis* §. 1479. *et* 1480.

Mater, quae tutelam abjecit ex juris necessitate: puta ob secundas nuptias, eam recipere nequit, quamvis cesset impedimentum. §. 1481.

Facilius tamen admittitur mater tutrix testamentaria: maxime si nulli sint agnati; nec ex secundis nuptiis prolem susceperit. §. 1482.

Si mater libere tutelam abjecerit, invitis tutoribus legitimis, eum recipere, non potest. §. 1483.

Exceptio est, si mater sub conditione tutelam agnato cesserit, quae non fuerit adimpleta. § 1484.

Matri non obest tutelae nundinatio, cujus etiam conscius sit agnatus, vel extraneus quilibet, qui pecuniam dedit, ut tutelam consequeretur. §. 1485.

Sola sponsalia matrem non excludunt a tutela, ut probant legum verba, earumque sententia. §. 1486.

Quae diximus de tutela legitima, exceptionem habent, cum capitis deminutio intervenit. §. 1487.

Ex sententia legum XII. tabularum inducta fuit legitima tutela patronorum; ut ibi tutela sit, ubi est successio. §. 1488.

Patronorum exemplo inducta est tutela parentum erga filios emancipatos: et haec quoque dicitur legitima; quia pater emancipans similis videtur patrono. §. 1489.

Deficiente patre emancipatore, fratres tutelam fratris emancipati gerunt, quae fiduciaria, non legitima, dicitur. §. 1490.

Tres sunt gradus tutelae fiduciariae. Primus est filiorum, qui ab avo emancipati sint: alter fratris: postremus patrui. Hodie fratres legitimi tutores sunt fratrum emancipatorum. §. 1491.

Transitio §. 1492.

§. 1460.

Deficientibus tutoribus testamentariis, quorum semper, si nihil obsit, prima caussa est (§. 1395.), tutela ad agnatos pervenit, qui legitimi tutores appellari solent; quia lege XII. tabularum ad eandem vocantur; aequum enim visum fuit; ut, qui emolumentum sperant successionis, onus pariter tutelae subeant, atque bona tueantur, ad quae spem habent (1).

(1) *Legitimae tutelae Lege XII. tabularum adgnatis delatae sunt; et consanguineis, item patronis, id est his, qui ad legitimam hereditatem admitti possint. Hoc summa providentia: ut, qui sperarent hanc successionem, iidem tuerentur bona; ne dilapidarentur. L. 1. ff. hoc tit.*

§. 1461.

Legitima ergo tutela definiri potest: quae citra hominis factum ex sola legis potestate defertur. Atque quadruplex assignari solet: agnatorum nempe, patronorum, parentum, et fiduciaria; quarum priores duae ex lege ipsa XII. tabularum descendunt (1); posteriores ex interpretatione prudentum profluxerunt (2), ex legis sententia.

(1) *Princ. inst hoc tit iust. de legitima patronorum tutela.* (1. 17.)

(2) *Tit. inst. de legit. parent. tut., et tit de fiduciar. tutel.* (1. 18., *et* 19.)

§. 1462.

Postquam vero Justinianus agnatorum, scilicet eorum, qui per masculos conjuncti sunt, et cognatorum, qui per foeminas junguntur, differentiam sustulit, itaut aequaliter utrique ad successionem vocentur (1), aeque cognati, atque agnati legitimam tutelam suscipere debent (2).

(1) *Novell.* 118. *cap.* 1.

(2) *D. Novell.* 118. *cap. Ex his autem* 5.

§. 1463.

Haec tamen regula duplicem habet exceptionem. Prima est, cum agnati, et cognati ob minorem aetatem, vel ob aliquod grave corporis, aut animi vitium idonei non sunt ad tutelam administrandam (1). Altera exceptio est, cum in proximiori agnationis, aut cognationis gradu foemina reperitur; tunc enim ipsa praetermissa, quae ob sexum a tutela repellitur (§. 1437.), agnatus, aut cognatus vocabitur, qui post ipsam proximior sit: atque ita ex necessitate fiet, ut alibi hereditatia emolumentum sit, alibi administrationis onus (2).

Inst. l. 1. tit. 15. ff. l. 26. tit. 4. Cod. l. 5. tit. 30.

(1) *D. Novell.* 118. *cap.* 5.

(2) *Interdum alibi est hereditas, alibi tutela: utputa si sit consanguinea pupillo; Nam hereditas quidem ad adgnatam pertinet, tutela autem ad adgnatum. D. l.* 1. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1464.

Hic autem est ordo, quo agnati, et cognati tutelae munus suscipere debent. Si unus tantum proximior sit, ipse solus tutor erit, sicuti solus habet successionis emolumentum (1): quod si plures in eodem gradu sint, omnes tutelam suscipiunt (2); quia omnes aeque ad hereditatem vocantur (3).

(1) *Princ. inst. de legit. agnat. succes.* (3. 2.)

(2) *Si plures sunt agnati, proximus tantum nanciscitur: et si eodem gradu plures sint, omnes tutelam nanciscuntur. L.* 9. *ff. hoc tit., l. Si reliquero* 8. *ff. eod. tit.*

(3) §. *Si plures sint* 5. *inst. de legit. agnat. success.*

§. 1465.

Sed quid juris, si proximior agnatus legitimam caussam afferat, qua se tutelae munere excuset, aut quacumque alia ratione ab ea removeatur, admittenturne caeteri post ipsum consanguinei, an locus fiet tutelae dativae? Si Romani juris principia perpendantur, legitimis tutoribus dimissis, tutor, aut curator a judice dari debet; quemadmodum enim excusato, vel remoto patroni filio nepoti tutelam deferendam non placuit, sed dativae locum fieri (1): ita et observandum in hac specie videtur. Sane curatorem pupillo dandum esse, si legitimus tutor impubes sit, auctor est Modestinus (2): cujus juris ea ratio afferri potest, quod interim verum sit, proximiorem gradum consanguineorum subsistere, quo tantum deficiente alii vocantur: quamvis ex accidenti tutelae incapax sit proximior consanguineus. Atque addi potest, deficere rationem legis, quae eos tantum vocat ad tutelam legitimam, quos proxime vocat ad successionem. Si vero speciem fingamus, qua duo sint consanguinei in eodem gradu, quorum unus legitimam excusationis caussam habeat; hoc excusato onus tutelae in alterum recidet (3).

(1) *L. Tutela legitima* 3. §. *Quaeri potest* 8. *ff. hoc tit., l. Non solum* 10. §. *Si libertus* 7. *ff. De excusat.* (27. 1.)

(2) *Similis est huic et legitimus tutor, si impuberem esse contigerit; etenim in locum ejus curator interim dabitur. D. l.* 10. §. 7. *in fine ff. De excusat*

(3) *Quia in hoc casu locum habent et verba, et legis ratio; nec quae unum ex consanguineis a tutelae munere excusat legitima caussa, alteri favere potest, aut debet, quem jura ad tutelam vocant.*

§. 1466.

Hinc sequi videtur, fratres germanos, qui una cum patre ex novissimis Justiniani constitutionibus ad successionem fraternam admittuntur (1), etiam cum eo ad tutelam fratris emancipati vocari; cum enim Imperator disertissimis verbis constituerit, ut unusquisque secundum gradum, et ordinem, quoad successionem vocatur, aut solus, aut cum aliis etiam tutelam suscipiat (2), nulla ratio afferri potest, cur regula haec in fratribus germanis, qui una cum patre concurrunt, locum habere non debeat.

Inst. l. 1. tit. 15. ff. l. 26. tit. 4. Cod. l. 5. tit. 30.

(1) *D. Novell.* 118. *cap. Si igitur* 2., *et cap.* 3. *in princ.*

(2) *Ex his autem, quae de hereditate diximus, et disposuimus: et quae de tutela sunt, manifeste consistunt. Sancimus enim, unumquemque secundum gradum et ordinem, quo ad hereditatem vocatur, aut solum, aut cum aliis etiam functionem tutelae suscipere. D. Novell.* 118. *cap.* 5.

§. 1467.

Neque dicatur, vetus jus, ex quo solus pater ad tutelam filii emancipati vocabatur, fratribus exclusis (1), novis sanctionibus non fuisse revocatum; siquidem non diffitemur, Justinianum de hac specie speciatim non meminisse; sed, cum novum jus in successione inducens (2), expresse definierit, ut eaedem regulae in tutela observandae sint, quas in successione praescripsit, satis aperte indicavit, fratres aeque ad tutelam emancipati fratris vocari cum patre, sicut aeque cum illo ad successionem admittuntur.

(1) *Tit. inst. de legit. parent. tutela, et de fiduciar. tut.* (1. 18. *et* 19.)

(2) *D. Novell.* 118. *cap.* 1. *et* 5.

§. 1468.

Tutelam agnatis deferri diximus, cum deficiunt testamentarii tutores (§. 1460.) deficere autem intelliguntur non tantum, cum nullus testamento fuerit designatus, sed et cum nominatus tutor moritur, aut capitis deminutionem patitur; sive antequam tutelam gesserit, sive etiam postea (1).

(1) *Intestatus autem videtur . . . et is, qui testamento liberis suis tutores non dedit . . . . Idem dicemus, si tutor testamento datur adhuc filio impubere manente decesserit; nam tutela ejus ad adgnatum revertitur. L. Intestato* 6. *ff. hoc tit., l. Si quis sub conditione* 11. §. *Quod si tutor* 3., *et* §. *seq. ff. De testam. tutel.* (26. 2.)

§. 1469.

Idem jus observandum videtur, cum tutor testamento datus fuit usque ad certum tempus, aut sub conditione, et tempus effluxit, vel conditio extitit; his etenim casibus, verum est, deficere tutorem testamentarium, et quidem ex defuncti ipsius voluntate: quo casu indistincte leges agnatos ad tutelam vocant (1); si autem tutor fuerit sub conditione datus, et conditio post testatoris mortem extiterit (2), jam demonstravimus, locum fieri tutelae dativae (§. 1455.).

(1) *Dictis legib.* §. 1468. *alleg.* 1.

(2) *Nimirum duplex fingi potest species: altera, qua quis datus sit tutor ea lege, ut statim quidem administret, sed ab administratione cessare debeat, si quaedam conditio extiterit: altera, qua non prius debeat administrare, quam designata conditio extiterit: atque in prima specie, existente conditione, diximus, legitimos tutores admittendos esse* (§. 1455.); *in postrema dativae tutelae locum fieri; quia in prima specie existente conditione vere deficit tutor testamentarius, in altera in suspenso est. Neque conveniens esset, ut deficiente conditione, sub qua quis ad tutelam testamento vocatus est, tutor a judice datus removeretur, ut legitimae locus fieret.*

§. 1470.

Si autem fingamus, tutorem testamento datum a tutela excusari, vel removeri, non ad agnatos tutela perveniet, sed tutor a judice dandus erit (1). Discriminis ratio inter posteriores has species, et priores in eo statui potest, quod in hisce tutela non finitur, sed ex accidenti desinit, adeoque subsistere videtur testamentarius tutor: contra in aliis speciebus deficit omnino tutor testamentarius; unde legitimus admitti debet.

(1) *Etsi semel ad testamentarium devoluta fuerit tutela, deinde excusatus sit tutor testamentarius, adhuc dicimus, in locum excusati dandum, non ad legitimum tutorem redire tutelam. Idem dicimus, et si fuerit remotus. D. l.* 11. §. 1. *et* 2. *ff. De testam. tutela* (26. 2.). *V.* §. 1465.

§. 1471.

Inst. l. c. tit. 15. ff. l. 26. tit. 4. Cod. l. 5. tit. 30.

Exceptionem inesse diximus regulae, quae deficiente testamentario tutore proximiores agnatos ad tutelam impuberum vocat, cum proximior agnatus foemina est, quae ratione sexus a tutela removetur (§. 1463.). Verum hujusce exceptionis alia exceptio est in matre, et avia, quas, solis testamentariis praepositis, caeteris agnatis praeferendam Justinianus voluit (§. 1437.), hoc ordine servato, ut primo loco mater, tum ea renuente avia admittatur (§. 1438.): matrem dicimus admittendam, quae ad secundas nuptias non transierit; hanc enim ne ex agnatorum, et cognatorum quidem consensu a judice tutricem nominari posse, ostendimus (§. 1440.): nisi Principis auctoritas intercesserit, vel testamento tutrix fuerit designata. (§. 1441.)

§. 1472.

Discrimen tamen inter matrem, et consanguineos adhuc in eo esse diximus, quod mater libens tantum, et sponte tutrix filiorum sit, ut et avia (§. 1442.): cum alioquin legitimi onus tutelae detrectare nequeant, nisi justam habeant excusationis caussam; quia lex agnatos, et cognatos ad tutelam vocat in repensationem, ut ita dicam, successionis, quam eis defert in bonis pupilli (§. 1460.); mater autem, et avia potius ex benignitate admittuntur intuitu affectionis singularis, qua liberos prosequi leges praesumunt (§. 1442. et seqq.): ex quibus collegimus, matri licere, tutelam semel libere susceptam sponte abjicere (§. 1444.).

§. 1473.

Sed quinque hinc supersunt dirimendae quaestiones, quae ad tutelam a matre exclusis consanguineis gerendam pertinent. Prima est, utrum mater ita agnatos, et cognatos a tutela excludat, ut ipsi avo paterno sit praeferenda. Altera, an pater testamento, matrem (idem de avia) a tutela liberorum repellere, possit. Tertia est, an valeat patris dispositio, qua statuerit, ut mater non obstantibus secundis nuptiis in tutela perseverare debeat. Quarta, utrum matri ad tutelam, quam semel abjecit, regressus aliquando sit concedendus. Quinta demum est, utrum, quod de secundis matris nuptiis traditur, ad sponsalia sit protrahendum.

§. 1474.

In prima quaestione distinguendm est, utrum agatur de nepote ex filio in potestate retento, an de nepote ex filio emancipato. Si de nepote agatur, qui sit in potestate avi, certum est, ejus tutelam matri nequaquam permitti; etenim illi, qui in alterius potestate est, dari non potest tutor (1); atque potior semper esse debet caussa potestatis patriae, quam tutoriae (2) Sane tutores, iis tantum dari, leges volunt, qui sui juris sunt (3), non qui alterius potestati subjiciuntur.

(1) *L. Si filiusfamilias* 33. *ff. De testam. milit.* (29. 1.), *juncta l. Sic eveniet* 21. *ff. ad l. Jul. de adult.* (48. 5.)

(2) *Fab. cod. de patria potest. lib.* 8. *tit.* 33. *def.* 3. *num.* 8. *et seqq. in corpore.*

(3) *Princ. inst. De tutelis, Fab. cod. De legit. tut. lib.* 5. *tit.* 17. *def. unic. num. ult. in allegat., ubi tradit tandem ita saepius judicasse Senatum*, et *lib.* 8. *tit.* 43. *de patria potest. def.* 3.

§. 1475.

Neque objici potest, matrem in tutela praeferendam esse avo paterno; quia et huic praefertur in successione (1), maxime quum Justinianus eodem ordine indistincte agnatos, et cognatos ad tutelam vocaverit impuberum, quo hereditatem capiunt (2); argumentum enim hoc falso supposito innititur: nempe supponit, hic quaeri, uter praeferatur in tutela, si quaestio sit inter matrem, et avum paternum: verum, si juris principia inspiciantur, certum est, de ejus tutela disceptari non posse, qui sub patria potestate, sive patris, sive avi adhuc est constitutus. His adde, matri tutelam non deferri ob commodum successionis, sed ob singularis affectionis praesumptionem. (§. 1443.)

(1) *L. Quo tutela* 73. *ff. de reg. jur.*

Inst. l. 1. tit. 15. ff. l. 26. tit. 4. Cod. l. 5. tit. 30

(2) *Novell.* 118. *cap. Ex his autem* 5.

§. 1476.

Si vero de nepote agatur ex filio emancipato, post emancipationem concepto, vel alia ratione extra avi potestatem constituto, matrem avo praeferendam in ejus tutela, verius est; tum quia generaliter statuit Justinianus, ut mater quibuscumque tutoribus legitimis praeferatur, quin paternum avum exceperit (1); tum quia, hic locum habere, potest ea ratio a Justiniano tradita (2), ut idem ordo servetur in tutela, qui in successione (3).

(1) *Auth. Matri, et aviae cod. Quando mulier tutelae officio fungi possit.* (5. 35.)
(2) *D. Novell.* 118. *cap.* 5.
(3) *D. Novell.* 118. *cap.* 1.

§. 1477.

An pater testamento possit, matrem a tutela removere, distinguendum est inter eum casum, quo filiis nullo dato tutore matri eorum tutelam prohibuerit; eumque, quo tutorem liberis designaverit. In primo casu mater adhuc ad tutelam admittenda videtur; neque enim patri permittendum est, ut eos repellat, quos lex ipsa ad tutelam vocat (1). In altero mater a liberorum tutela prohibetur; quippe Justinianus eam quidem caeteris tutoribus legitimis, aut dativis praeferendam statuit, sed testamentariis omnino postposuit (2).

(1) *L. Nemo potest* 55 *ff. de legatis* 1. (30 1.), *l.* 15. *ff. ad l. falcid.* (35. 2.)
(2) *D. Auth. Matri, et aviae cod. Quando mulier tutelae officio.* (5. 35.)

§. 1478.

Neque dicatur, judici non licere, eos pupillis designare tutores, quos pater, aut mater testamento prohibuerit (1); adeoque patri etiam jus esse, matrem, et aviam a liberorum tutela repellere; nam dispar longe conditio est tutorum, qui a judicibus dantur, eorumque, quos lex ipsa ad tutelam vocat. Primi incerti sunt, et ex prudenti judicis arbitrio pendent, qui eos nunquam aequo jure constituet, qui aliqua suspicionis labe inficiuntur, quales merito existimandi sunt, quos parentes prohibuerunt, dari tutores: postremos autem lex ipsa idoneos declarat. Non ergo aliter removeri debent, quam si legitimae suspicionis caussae demonstrentur.

(1) *L. Scire* 21. §. *Sed et* 2. *ff. de tutorib. et curator. dat.* (26. 5.), *l. un. cod. Si contra matris volunt. tut. datus sit.* (5. 47.)

§. 1479.

Tertia succedit quaestio, an pater, cavere testamento, possit, ne conjux a tutela cesset, quamvis ad ulteriores transierit nuptias. Jam animadvertimus, defendi posse, nec temere, tutela per secundas nuptias non privari matrem, quae testamento fuerit tutrix designata, maxime si concurrat bona ejus fama (§. 1241.); quia testatoris, et parentis tacitum judicium, omnem tollere, videtur, perversae administrationis suspicionem. Potiori ergo ratione rata erit expressa ejusdem voluntas, quam tacita.

§. 1480.

Objici quidem potest ea juris regula, qua traditur; neminem efficere posse, ne in testamento suo leges locum habeant (1); cum autem lex tantum permittat matri tutelam filiorum, si a secundis nuptiis abstineat, quibus etiam renunciari praecipit, in casu secundarum nuptiarum (§. 1440.), consequens est, a tutela ita eam prohibere, ut ex privatorum voluntate admitti nequeat (2). Verum non inepte respondetur, hanc legis prohibitionem periculo iniquae administrationis inniti, quod judicium patris excludit. Unde sequitur, cessante legis ratione, cessare quoque posse ejus effectum: eodem fere modo, quo ex Principis indulgentia binuba mater in tutela perseverat; quia Princeps, qui utilitatem pupillorum prae oculis habet, non est praesumendus, binubae matri tutelam permittere; nisi quia nullum pupillis damnum imminere, cognoscit (§. 1441).

(1) *L. Nemo potest* 55. *ff. de legat.* (30. 1.)
(2) *L. Mutus* 43. §. 1. *ff. de procuratorib.* (3. 3.)

Inst. l. 1. tit. 15. ff. l. 26. tit. 4. Cod. l. 5. tit. 30.

§. 1481.

Huic affinis est altera quaestio, qua disputatur, utrum mater, quae semel tutelam abjecit, ad eam aliquando regredi possit. Atque hic distinguendum est, an tutelam coacte dimiserit, scilicet per secundas nuptias: an vero sponte. Si per secundas nuptias tutela filiorum privata fuerit, et iterum vidua fiat, nullum jus ei competere videtur ad tutelam; leges enim indistincte matrem binubam a tutela repellunt (1), nec ullibi cavent, ut iterum admitti debeat, si ad viduitatem redigatur: et merito, nam per repetitam viduitatem non tollitur omnino iniqua de ipsius administratione suspicio, maxime si ex secundo conjugio prolem susceperit, quae superstes sit.

(1) *L.* 1. *in Auth. Eisdem poenis cod. de secund. nupt.* (5. 9)

§. 1482.

Sane facilius ad tutelam denuo admitti poterit mater, quae tutrix testamento fuerit designata, maxime si nulli alii sint legitimi tutores: quin et aliquando, ita suadentibus peculiaribus rerum adjunctis, post mortem secundi mariti matrem posse reassumere tutelam, pronunciavit Sabaudus Senatus, si modo nullos ex secundo marito liberos habeat: quamquam et in hoc casu requirendam Principis auctoritatem sentit Faber; ne tanta vis legibus fieri videatur (1).

(1) *Fab. cod. d. lib.* 5. *tit.* 21. *def.* 2. *num.* 11. *in allegat.*

§. 1483.

In altera specie, qua mater libere tutelam legitimis tutoribus dimisit, certum est, non posse ad illam regredi invito legitimo tutore (1); leges enim ludibrio habere videretur mulier, quae posteaquam alterius gratia legum beneficio renunciavit, denuo illud imploret in alterius dispendium.

(1) *Atque idem de ea affirmandum, quae morosa fuerit in petenda tutela, itaut interim alius tutor datus fuerit; publice enim interest, ut ratum, et firmum sit, quod publica auctoritate legitime constitutum fuit.*

§. 1484.

Exceptio huic regulae esse potest, si mater non pure, sed sub aliqua conditione tutelam abdicaverit alterius favore; atque hic in conditione adimplenda cessaverit: puta si species proponeretur de matre, quae tutelam pretio etiam clam accepto dimisisset impuberis patruo, sub pluribus conditionibus, veluti rationes quotannis reddendi, pecuniam ex reditibus contemporanee investiendi, atque ea lege, ut ipsa educationem liberorum retineret: deficientibus hisce conditionibus, ea maxime, quae educationem filiorum respicit, utpote quae gravioris momenti est, matri restitui deberet tutela, quamvis ad alias nuptias interim convolasset, per secundi tamen viri obitum solutas: potissimum, si patruum onerent suspicionis caussae, veluti paupertatis, et non omnino diligentis administrationis (1).

(1) *Haec enim nec leges ludibrio habere, dici potest, nec injuria afficere patruum, cui prius tutelam dimiserat; hic enim potius sibi imputare debet, quod conditiones legibus non improbatas adimplere recusaverit. L. Quod quis* 203. *ff. de reg. jur.*

§. 1485.

Neque obesse potest in hac specie matri tutelae nundinatio, ob quam tutor non tantum a tutela removendus est, veluti suspectus, sed et graviter puniendus (1); siquidem magis hinc suspectus fit dans, quam accipiens; quia in dante praesumptio est, eum velle, pupillorum bona in suos usus convertere, quae praesumptio iu accipientem non cadit. Quamquam, ut omnis fraudis suspicio tollatur, aequum est, ut in his, et similibus casibus judex cautelas praescribat, quibus indemnitati pupillorum tutius prospiciatur (2).

Inst. l. 1. tit. 15. ff. l. 26. tit. 4. Cod. l. 5. tit. 30.

(1) *In eos extra ordinem animadvertitur, qui probentur, nummis datis tutelam occupasse, vel pretio accepto operam dedisse, ut non idoneus tutor daretur. L. In eos 9. ff. de tutelis.* (26. 1.)

(2) *V. quae diximus supra §. 1441. allegat. 2.*

§. 1486.

Demum in postrema quaestione, matrem per sola sponsalia filiorum tutela privari, non existimamus; leges enim de nuptiis loquuntur: quae vox in materia poenali, et odiosa ad sponsalia protrahi non potest (1): maxime quia deest legis ratio (2); neque enim per sponsalia mater, filiorum res, et semetipsam, dici potest, novo marito committere, ut hinc statim oriatur perversae administrationis suspicio.

(1) *L. Interpretatione 42. ff. De poenis* (48. 19.), *l. Factum cuique 155. §. In poenalibus 2. ff. de reg. jur.*

(2) *De qua in l. Lex, quae tutores 22. cod. De administr. tut.* (5. 37.)

§. 1487.

Quae hactenus de legitima agnatorum, et cognatorum tutela diximus, exceptionem habent, si aliqua status mutatio intervenerit, quam Romani capitis deminutionem appellant (1); cum enim haec libertatem, aut civitatem tollat, vel saltem in aliam familiam transferat (2), idcirco necesse est, ut a legitima tutela removeat. Sed de hac status mutatione disseremus, postquam tres alias legitimae tutelae species, patronorum nempe, parentum, et fratrum summatim expenderimus, quibus etiam obesse potest capitis deminutio.

(1) §. *ult. inst hoc tit.*

(2) §. 1 *et seqq. inst. De capitis deminution.* (1. 16.)

§. 1488.

Cum leges XII. tabularum agnatis tutelam ea ratione detulerint, quod ibi debeat esse tutelae onus, ubi est successionis emolumentum (§. 1460.), interpretatione prudentum inducta fuit legitima tutela patronorum; ex eo enim, quod lex duodecim tabularum ad intestatam successionem libertorum patronos, eorumque liberos vocabat, recte interpretati sunt jureconsulti, ut eorum quoque tutela ad patronos, eorumque liberos pertineret; cum naturae juri consentaneum sit, ut incommoda cujusque rei eum sequantur, quem sequuntur commoda (1). Exceptio erat, si foemina manumitteret; tunc enim ex necessitate fiebat, ut alibi esset hereditas, alibi tutela (2).

(1) *L. Secundum naturam 10. ff. de reg. jur.*

(2) *Tit. instit. de legit. patron. tut.* (1. 17.)

§. 1489.

Patronorum exemplo per interpretationem extensivam inducta est alia tutela, parentum scilicet, qui filium, aut filiam, nepotem, aut neptem, aliosque descendentes impuberes emancipassent; itaut pater, aut avus eorum legitimus tutor fiat: non eadem tamen ratione, qua patronus legitimus est tutor liberti: neque enim ita lex XII. tabularum parentes vocat ad successionem liberorum emancipatorum, sicut patronos ad hereditatem libertorum. Dicta ergo est legitima haec tutela; quia ad similitudinem tutelae patronorum inducta, quatenus pater emancipans patroni personam induere videtur (1): atque hoc sensu etiam vocatur ad successionem filii emancipati, saltem si contracta fiducia emancipatio facta fuerit, quam postea Justinianus semper intelligi voluit (2); idcirco placuit, tutelam hanc legitimam quoque appellare (3), non fiduciariam, ut olim dicebatur (4).

(1) *L. 1. ff. Si a parente quis manumissus.* (37. 2.)

(2) §. *ult. inst. de legit. agna. success.* (3. 2.)

(3) *Tit. instit. de legit. parent. tutel.* (1. 18.)

(4) *Ulp. in fragm. tit. 11. §. Qui liberum 5.*

§. 1490.

Deficiente patre, qui filium emancipavit, impuberis emancipati tutelam suscipiunt ejus

liberi virilis sexus. Hi autem non legitimi tutores dicuntur, sed fiduciarii, cujus diversae denominationis duplex ratio afferri potest. Prima, et potior est; quia tutela haec nulla interpretatione ad leges XII. tabularum refertur; fiduciaria inde appellata, quod a patre in filios derivaretur, qui contracta fiducia filium emancipasset: etsi placuerit, ex allatis rationibus tutelam patris legitima potius dicere. Alteram affert rationem discriminis Justinianus; quod patrono defuncto legitimi tutores ejus quoque liberi essent; quia, si libertus non fuisset a patrono emancipatus, incidisset in potestatem patroni: contra filius, seu frater emancipatus in potestate fratrum non fuisset, quamvis nulla intervenisset emancipatio (1).

Inst. 1. 1. tit. 15. ff. l. 26. tit. 4. Cod. l. 5. tit. 30.

(1) *Tit. instit. de fiduc. tutela.* (1. 19.)

§. 1491.

Tres autem gradus hujus tutelae indicat Justinianus, quorum primus sit filiorum, alter fratris, postremus patrui (1): filiorum, inquam, non quos pater ipse manumiserit, sed qui ab avo paterno manumissi fuerint, sive emancipati; quippe a patre emancipatos legitimae tutelae subesse modo diximus. Caeterum, postquam Imperator Anastasius fratres ad legitimam successionem fratrum vocavit prae aliis cognatis, et agnatis; et consequenter fratres ad legitimam fratrum, et sororum, necnon nepotum emancipatorum tutelam pervenire constituit (2), desiit in hac parte tutela fiduciaria.

(1) *D. tit. inst. de fiduc. tut.*

(2) *L. Frater emancipatus 4. cod. hoc tit.* (5. 30.)

§. 1492.

Superius animadvertimus (§. 1487.) ea, quae de legitimis tutoribus dicuntur in hoc argumento, exceptionem admittere in eo casu, quo aliqua capitis deminutio intervenerit. Quare opportunum est, ut, Justiniani vestigiis fere insistentes, explicemus, quid, et quotuplex sit capitis deminutio, et qui sint ejus effectus.

APPENDIX.

De capitis deminutione.

Instit. lib. 1. tit. 16. *De capitis deminutione.*
Digest. lib. 4. tit. 5. *De capite minutis.*

SUMMARIA.

Explicatur ordo in hoc capite servandus. §. 1493.

Capitis nomine Romani intelligebant personam, quatenus in ordine civium locum obtinet. §. 1494.

Hinc quoties civis quaedam jura publica amittebat, capite minutus dicebatur. Quamquam capitis minutio, potius ad rempublicam pertinere, videtur. §. 1495.

Capitis deminutio est prioris status mutatio: status autem ad libertatem, civitatem, vel familiam refertur. §. 1496.

Triplex est capitis deminutio; quia triplicis generis sunt civium jura. §. 1497.

Libertas sola servitute amittitur: servus vero aliquis fieri potest per captivitatem, vel per voluntariam libertatis venditionem, vel in sceleris poenam. §. 1498.

Servos poenae Romani dicebant in metallos damnatos, vel ultimo supplicio, quos fere inter mortuos computabant. §. 1499.

Damnatus ad mortem, nec agere, nec conveniri, potest, si supremo judicio damnatus sit; nisi rescripto Principis prohibita, vel dilata fuerit executio sententiae. §. 1500.

Inst. l. 1. tit 16. *Civitas amittebatur deportatione, exili specie atrocissima; cujus loco nunc successit arbitraria.* §. 1501.

ff. l. 4. tit 5. *Relegatione, ne familia quidem amittebatur; adeoque nec patria potestas. Quo relegatio a deportatione differret?* §. 1502.

Minima capitis deminutio adoptione, et emancipatione contingit, quibus familia amittitur. §. 1503.

Ulpianus ajens, minimam capitis deminutionem contingere salvo statu, de statu publico intelligendus est. §. 1504.

Capitis deminutio non intervenit per amissionem dignitatis, quamvis ignominiosa sit. §. 1505.

Servus manumissus capite non minuitur, quia caput non habet. §. 1506.

Per maximam, et mediam capitis deminutionem perimuntur omnes actiones, et transferuntur in eum, ad quem bona pervenerunt. §. 1507.

Minima capitis deminutione extinguebantur quoque pleraeque actiones competentes capite minuto. Probatur inductione. §. 1508.

Plures tamen sunt exceptiones ex aequitate descendentes, vel quia de juribus publicis agitur, aut quae referuntur ad jus civitatis. §. 1509.

Ex aequitate non tollitur delictum, nec perimuntur obligationes, quae naturalem praestationem habent: puta legatum in annos singulos, quod alimentorum locum tenet. §. 1510.

Hinc et relinqui alimenta possunt iis, qui nullam juris civilis communionem habent, veluti deportatis, et servis poenae. §. 1511.

Si quis jura sua omnia cesserit media pensione annua, et postea capite minuatur publicatis bonis, pensio haec non cessat favore solventis, sed transit in fiscum. §. 1512. *et* 1513.

Per minimam capitis deminutionem non perit societas, quae jus quoddam naturale fraternitatis involvit. §. 1514.

Actio de dote durat post filiae emancipationem; quia dos pietatis intuitu debetur. §. 1515.

Quia publica jura sunt, vel ad jus civitatis pertinent, non amittuntur officia Magistratuum, et similia per capitis deminutionem. §. 1516.

Nec per eam amittuntur tutelae, exceptis iis, quae ex lege XII. *tabularum deferuntur.* §. 1517.

Nec amittuntur tutelae testamento datae. §. 1518.

Ex Justiniano agnationis jus quacumque status mutatione plerumque perimitur, consequenter tutelae, et hereditates: quo indicat, jus agnationis certis personis ex novis legibus datum adhuc permanere. §. 1519.

Jus cognationis non perit per minimam capitis deminutionem; quia naturale est. An post exaequationem agnatorum, et cognatorum perseverent tutelae legitimae, non obstante capitis deminutione? §. 1520.

Haec stricto jure obtinent: praetor tamen ex aequitate actiones restituit capite minutis §. 1521.

Sed restitutio haec locum tantum habet in minima capitis deminutione. §. 1522.

Praetoria restitutione reviviscunt actiones omnes contra capite minutum, nisi creditor debitorem adrogaverit. §. 1523.

Quidam censent, non restitui capite minuto actiones contra alios; quamvis aliis restituantur contra ipsum. §. 1524.

Æquior videtur eorum sententia, qui ipsi capite minuto restitui actiones putant. §. 1525.

Capite minutus potius ex juris subtilitate, quam facto suo actiones amisit. Creditor adrogans actiones non recipit, ex praesumpta debiti remissione. §. 1526.

Hodie vix ratio habetur capitis deminutionis, quae emancipatione fit: adrogatus usumfructum tantum bonorum transfert in adrogantem. Retinentur ergo actiones. §. 1527. Inst. l. 1. tit. 16. ff. l. 4. tit. 5.

§. 1493.

Tria sunt breviter in hac materia expendenda: 1. Quid sit capitis deminutio: 2. Quotuplex sit: 3. Qui sint ejus effectus.

§. 1494.

Capitis, seu personae deminutio (quippe Romani capitis nomine personam hic designabant, quamvis eidem voci in aliis rebus diversas affingerent significationes: personam, inquam, quatenus in ordine civium locum aliquem obtinet) inde ita appellata est, quod penes Romanos solemnis mos esset, ut identidem fieret civium enumeratio: atque, quot erant cives, tot capita esse dicebantur; cives autem ita in numerum membrorum reipublicae relatos capite censos vocabant.

§. 1495.

Hinc quoties civis per mutationem status publica jura omnia, vel aliqua ex illis amittebat, capite deminutus dicebatur. Quamquam plures sunt, qui capitis deminutionem, non ad eum referunt, qui statum mutavit, sed potius ad universam rempublicam, quae per amissionem status, seu mutationem, quae alicui contingeret, civem amittebat: quo factum, ut eximi caput de civitate diceretur (1). Fatendum tamen, hanc denominationem ita intellectam prioribus tantum speciebus capitis deminutionis convenire, non postremae, minimae scilicet, per quam nullum caput de civitate eximitur, nisi quatenus de una in aliam familiam transfertur.

(1) *Per has enim poenas eximitur caput de civitate. L. Publicorum judiciorum 2. ff. de public. judic.* (48. 1.)

§. 1496.

Capitis deminutio a Justiniano definitur: *prioris status mutatio* (1). Status autem hic accipitur pro jure, quod singulis reipublicae membris in civitate competit; atque hoc jus ad tria capita referri solet: nempe ad libertatem, civitatem, et familiam. Unde sequitur, toties contingere capitis deminutionem, quoties aliquod ex his juribus amittitur.

(1) *Princ. instit. hoc tit., l. 1. ff. hoc tit.*

§. 1497.

Triplex ergo est capitis deminutio, maxima, media, et minima (1); totidem enim genera hujus mutationis esse debent, quot sunt civium jura (2). Maxima capitis deminutio ea est, qua simul libertas, et civitas, adeoque familia amittitur (3) Media, sive minor, qua amittitur quidem civitas, sed libertas retinetur (4). Minima denique dicitur, cum libertate, et civitate retenta, solius familiae amissio contingit (5).

(1) *Qui duas tantum species enumerant, magnam scilicet, et minorem, magnae appellatione maximam, et mediam, seu minorem complectuntur. Ita Ulpian. in l. 1. §. Si filius 4. ff. de suis, et legit. heredibus* (38. 16.)*: ita et Callistratus in l. Cognitionum 5. §. ult. ff. de extraordinariis cognitionib.* (50. 13.)

(2) *Capitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media, minima; tria enim sunt, quae habemus, libertatem civitatem, familiam. L. ult. ff. hoc tit.*

(3) §. 1. *inst. hoc tit.*

(4) §. *Minor* 2. *inst. eod. tit.*

(5) §. *Minima* 3. *inst. hoc tit.*

§. 1498.

Inquirendum ergo est, quibus modis libertas, civitas, vel familia amittatur, ut cognosci possit, utrum quis maximam, an mediam, an minimam capitis deminutionem passus sit. Libertate per solam servitutem quis privatur, sed servus fieri potest pluribus modis; vel jure gentium per captivitatem; vel jure civili, cum scilicet liber homo sponte

Inst. l. 1 tit. 16. ff. l. 4. tit. 5.

libertatem suam pretio accepto vendit (1); aut propter scelus in servitutem redigitur, servus poenae ideo nominatus (2).

(1) *Quod ait Justinianus in §. 1. inst. hoc tit. et §. Servus autem 4. inst. de jure personarum, servos fieri jure civili, cum liber homo, ubest suae potestatis, nec paterno imperio subjectus, major viginti annis ad pretium participandum se venundari passus est, modo tamen conscius fuerit conditionis suae. L. 2. ff. Si ingenuus esse dic. (40. 14), et venditus ignoranti ejus conditionem. L. 7. §. 2 ff. de liberali caussa (40. 12.), et vere pretii partem acceperit. L. 1. ff. Quibus ad libertatem proclam. non licet (40. 13.), ita accipiendum est: venditores improbos homines subornabant, qui se alicujus servos simularent, a quo vendebantur; ea lege, ut uterque pretii partem haberet, et consumpto pretio venditus homo conditionem suam detegebat, et ad libertatem, in emptoris dispendium, provocabat. Ut hujusmodi fraudibus leges obviam irent, improbum hunc hominem in servitute manere constituerunt, ut ita fraudis suae jacturam sustineret.*

(2) *Servi autem poenae efficiuntur, qui in metallum damnantur, et qui bestiis subjiciuntur. §. 3. inst. quib. mod. jus patriae potest. solv. (1. 12.)*

§. 1499.

Servos poenae Romani eos appellabant, qui poenae ita addicti erant, ut ejus quasi servi viderentur: veluti qui in metallum damnati essent, vel ultimo supplicio: atque hos fere inter mortuos computabant (§. 1359.); quasi idem sit civiliter, ac naturaliter mori (1); quippe, quod pertinet ad civiles effectus, eadem conditio eorum est, qui mortem civilem passi sunt, ac eorum, qui vere in fata concesserunt (2).

(1) *Servitutem mortalitati fere comparamus. L. 209 ff. de reg. jur.*

(2) *Sola de receptatoribus bannitorum Glos. 5. num. 1. et 2.*

§. 1500.

Sane eum, qui ad ultimum supplicium condemnatus est, neque agere, neque conveniri posse, tenet communis sententia; quia pro mortuo habetur: saltem si a supremo Magistratu judicium prodierit, a quo non liceat appellare; nisi forte rescripto Principis prohibita, aut dilata sit sententiae executio (1). Quamquam, si condemnatus ipse conveniatur, vel permittenda ei defensio est, aut saltem in eum actio inhibenda, ut recte animadvertit Faber (2).

(1) *Fab. cod. de sententiam passis, et restitutis lib. 9. tit. 28. def. 4.*

(2) *D. def. 4. num. 7. in corpore. V. §. 1363.*

§. 1501.

Civitas apud Romanos deportatione amittebatur, quae exilii species atrocissima erat, qua reus, bonis publicatis, vinctus, et in navem impositus, in certam insulam abire jubebatur, a servis publicis ductus, ut ibi in perpetuum esset. Poena haec in locum aquae, et ignis interdictionis successit (1): atque deportationis loco, quae usu obsolevit, subsecuta est arbitraria (2). Quamvis autem per deportationem libertas non amitteretur, mors tamen civilis contingebat, quatenus deportatus e numero civium delebatur.

(1) §. *Minor 2. inst. hoc tit. Siquidem Romani, cum penes ipsos non liceret, civem, quamvis reum, supplicio capitis multare, aut libertatem, vel civitatem adimere, ut tradunt Cicero in Orat. pro Aul. Caecinna, pro domo sua, et alibi, et Lactantius inst. lib. 2. cap. 10.; ne tamen crimina sine poena essent in grave reipublicae dispendium, reos aqua, et igne interdicebant, ut his praecipuis humanae vitae subsidiis in civitate destituti, in exilium proficisci cogerentur, atque in aliam civitatem fugere; in quam recepti Romanam amittebant. Sed postea omissis hisce ambagibus placuit, reos poena deportationis plectere.*

(2) *Sola de falsis Glos. ult. num. 8. pag. mihi 255.*

Inst. l. 1. tit. 16. ff. l. 4. tit. 5.

§. 1502.

A deportatione differt relegatio, qua nec libertas, nec civitas, imo nec familia amittebatur, itaut ipsa perseveraret patria potestas (1). Quin interesset, utrum in perpetuum, an ad tempus quis relegatus fuisset (2). Utraque igitur exilii species erat, sed deportationem sequebantur bonorum publicatio, gravis ignominia, et civitatis privatio, quae in relegatione non contingebant. Deportatis comparari posse videntur, qui praevia bonorum publicatione perpetuo multantur exilio: relegatis autem, qui ad tempus tantum exulare jubentur, vel etiam in perpetuum, bonis tamen minime publicatis.

(1) §. *Relegati* 2. *inst. quib. mod. jus patriae potest. solvitur. V.* §. 1362.

(2) *Sive ad tempus, sive in perpetuum quis fuerit relegatus: et civitatem Romanam retinet, et testamenti factionem non amittit. L. Relegatorum* 7. §. *Sive* 3. *ff. de interdictis et relegatis, L. Relegatus* 14. *princ., et* 1. *ff. eod. tit.* (48 22.)

§. 1503.

Demum minima capitis deminutio duobus modis contingit, per adoptionem ascendenti factam, vel adrogationem, atque per emancipationem; quippe in hisce casibus familia mutatur (1). Dissentiunt quidem interpretes, utrum in emancipatione capitis deminutio fieret per imaginarias venditiones, quae olim in usu erant, quas deinde sustulit Justinianus (2); an vero per familiae mutationem. Postrema sententia, quam et Paulus tradit (3), probabilior videtur; alioquin enim hodie per emancipationem amplius non contingeret minima capitis deminutio, quod nemo probat.

(1) §. *Minima* 3. *inst. hoc tit.*

(2) §. *Praeterea* 6. *inst. quib. mod. jus patriae potest. solvitur.* (1. 12.)

(3) *In l. ult. ff. hoc tit.*

§. 1504.

Neque his refragatur Ulpianus, cum ait, capitis minimam deminutionem contingere salvo statu (1); siquidem intelligendus est jureconsultus de statu publico, quo libertas, et civitas continentur, non de privato, quo sola familia comprehenditur, quem proprie status nomine non concipiebant Romani, utpotequi vix ullum in republica effectum pariat.

(1) *L. Sive* 1. §. *Capitis minutio* 8. *ff. ad S. C. Tertyl.* (38. 17.)

§. 1505.

Ex hactenus traditis inferri potest, capitis deminutionem non intervenire per amissionem dignitatis, quamvis ex crimine, et ignominiose contingat. Equidem status appellatio lata significatione dignitatem etiam complectitur (1); quia tamen omnia civium jura retinentur, existimatione tantum minuta, nulla capitis deminutio proprie dici potest (2).

(1) *L. Cognitionum* 5. §. *Minuitur* 2. *ff. de extraordinariis cognitionibus.* (50. 13.)

(2) §. *Quibus autem* 5. *instit. hoc tit.*

§. 1506.

Servum etiam manumissum capite non minui, auctor est Justinianus, alia quidem ratione, sed omnium firmissima; quia, inquit, nullum unquam caput habuit (1); Romani enim servos, saltem quod pertinet ad civium jura, brutis potius, quam hominibus comparabant.

(1) § *Servus autem* 4. *instit. hoc tit.*

§. 1507.

Quod pertinet ad effectus, qui ex capitis deminutione proficiscuntur, si de maxima, et media quaestio sit, certum est, per eam actiones omnes, quae competebant deminutionem passo contra alios, vel alios, vel aliis adversus ipsum omnino perimi: adeoque transferri in fiscum, vel alium, ad quem ejus bona pervenerint (1); itaut nequidem restituantur ei, vel in eum, qui Principis indulgentia criminis veniam obtinuerit; nisi speciatim ita rescripto contineatur (2).

Inst. l. 1. tit. 16. ff. l. 4. tit. 5.

(1) *Dabitur plane actio in eos, ad quos bona pervenerunt eorum. L. Pertinet 2 ff. hoc tit.*

(2) *L. Si deportatus 2. ff. de sentent. passis, et restitut.* (48. 23.)

§. 1508.

Minima autem capitis deminutione, fatentur etiam omnes, extinctas fuisse plerasque actiones, quae ipsi capite minuto competebant, sive in eum moveri poterant, antequam status mutationem subiisset; vel enim per adrogationem, vel per adoptionem, vel demum per emancipationem capitis deminutio contingebat. Si per adoptionem materno ascendenti factam, cum paternae familiae jura amitteret, a qua velnti alienus fiebat, ejusdem quoque familiae oneribus liberabatur, ut jura acquireret ejus familiae, et onera subiret, in quam per adoptionem transferebatur (1). Si adrogatio secuta fuisset, cum per hanc non tantum persona, sed et bona sua adrogatoris potestati subjiciantur (2), patri potius dandae erant actiones, et contra eum exercendae (3). Tandem haec et obtinere debebant in emancipatione; quippe per hanc paternae familiae juribus privabatur, adeoque et oneribus immunis esse debebat (4).

(1) §. *Sed hodie* 2. *instit. de adoptionib.* (1. 11.)

(2) §. *Illud proprium* 11. *instit. eod. tit.*

(3) *D. l. Si deportatus* 2. *ff. de sent. passis etc.* (48. 23.)

(4) §. *Praeterea* 6. *instit. quib. mod. jus patr. potestat. solvitur.* (1. 12.)

§. 1509.

Verum, cum haec potius juris civilis fictione innitantur, quam natura, idcirco plures traditae sunt exceptiones a jureconsultis, quas vel aequitas suadet; vel ea jura, aut actiones respiciunt, quae publica sunt: vel, quamvis aliquo sensu ad familiam pertineant, alia tamen ratione ad jus civitatis referuntur.

§. 1510.

Hinc ex priore capite, scilicet aequitatis, traditum est: 1. Delictum non tolli per capitis deminutionem (1), sed cum capite ambulare actionum omnium obligationes, quae ex delicto veniunt (2): 2. Neque etiam perire obligationes illas, quae naturalem praestationem habere videntur Quare legatum in annos singulos, vel menses relictum, habitationem legatam, capitis deminutione interveniente perseverare, respondit Modestinus; quia tale legatum in facto potius, quam in jure consistit (3): videlicet legatum in annos, vel menses singulos alimentorum loco relictum censetur (4), ut et habitatio, quae alimentorum pars est (5): in alimentis autem non tam capacitas juris spectatur, quam facti; ne videantur necari, quibus denegantur (6).

(1) *L. Pertinet* 2. §. *Nemo* 3. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Tutelas* 7. §. 1. *ff. eod. tit*

(3) *Legatum in annos singulos, vel menses singulos relictum, vel si habitatio legetur . . . , capitis deminutione . . . interveniente perseverat; videlicet, quia tale legatum in facto potius, quam in jure consistit. L. Legatum* 10. *ff. hoc tit., l. In singulos* 8. *ff. de annuis legatis.* (33. 1.)

(4) *L. Is, cui* 11. *ff. de alim. vel cib. legat.* (34. 1.)

(5) *L. Legatis alimentis* 6. *ff. eod. tit.*

(6) *L. Necare* 4. *ff. de agnoscend., et alend. liber.* (25 3.)

§. 1511.

Hinc ulterius sequitur, alimenta relinqui, posse, iis etiam, qui nullam juris civilis communionem habent, quales sunt deportati, et servi poenae (1). Potiori ergo ratione, per capitis quamcumque deminutionem amitti, non debent (2); facilius enim retinetur, quod jam acquisitum est, quam acquiratur.

(1) *L. Si in metallum* 3. *ff. de his, quae pro non scriptis habent* (34. 8.)

(2) *Is, cui annua alimenta relicta fuerant, in metallum damnatus, indulgentia*

Principis restitutus est. Respondi, eum et praecedentium annorum recte coepisse alimenta, et sequentium deberi. D. l. 11. ff. de alim. vel cib. leg. (34. 1.) Inst. l. 1. tit. 16. ff. l. 4. tit. 5.

§. 1512.

Quaeri hac occasione potest, quid in ea specie sentiendum sit, qua quis jura sua omnia cesserit media annua pensione; an haec per maximam, aut mediam capitis deminutionem, quae adjunctam habuerit publicationem bonorum, amittatur; atque utrum fisco cedere debeat, an cessare favore ejus, cui pensionis solvendae onus incumbebat. In hac quaestione, quae olim Senatui nostro proposita fuit, diversae erant sententiae. Aliis videbatur, cessare pensionem favore solventis: ea ratione, quod illa, quae sui natura ad heredes non transeunt, fisco non acquirantur: maxime quia per mortem naturalem pensionarii omnino extincta fuisset debitoris favore. Quare et extingui debebat per mortem civilem, quae naturali aequiparatur (1).

(1) *L. Res uxoris 24. cod. de donation. int. vir. et uxor.* (5. 16.)

§. 1513.

Aliis placebat, pensionem hanc adhuc deberi reo; quia videretur, solvi loco alimentorum, quae in bonorum confiscatione non veniunt, sive ultima voluntate, sive contractu debeantur. Verum Senatus in eam tandem sententiam descendit; ut pensio haec non teneret locum alimentorum, adeoque fisco cederet (1).

(1) *Thes. quaest. forens. lib. 3. qu. 40.* †

§. 1514.

Hinc etiam Romanis placuit, per minimam capitis demininutionem non perire societatem, sed adhuc perseverare post emancipationem, et adrogationem; quia societas jus quoddam fraternitatis involvit, adeoque naturalem habet aequitatem, quam juris fictio infringere non debet (1). Quare in adrogatorem non transit, ne alioquin invitus quis socius efficiatur (2).

(1) *Quod ait Modestinus in l. Societatem 4. §. 1. ff. pro socio, dissolvi societatem per capitis deminutionem, de maxima, et media intelligendum est, quemadmodum explicat Ulpianus in l. Verum est 63. §. ult. ff. eod. tit.* (17. 2.)

(2) *Societas quemadmodum ad heredes socii non transit, ita nec ad adrogatorem; ne alioquin invitus quis socius efficiatur, cui non vult: ipse autem adrogatus socius permanet; nam, etsi filiusfamilias emancipatus fuerit, permanebit socius L. Actione distrahitur 65. §. Societas 11. ff. pro socio, l. 58. §. Si filiusfamilias 2. ff. eod tit.*

§. 1515.

Hinc 4. tradiderunt jureconsulti, actionem de dote durare post capitis deminutionem (1): itaut filia emancipata recte agat ad dotem, quae sibi promissa fuit, dum adhuc sub patria potestate constituta esset (2); quia obligatio dandae dotis ex naturali aequitate descendit, cum pater ad filiam dotandam cogi possit, solo pietatis intuitu, quamvis nullo promissionis vinculo se adstrinxerit (3).

(1) *Itaque de dote actio; quia in bonum, et aequum concepta est, nihilominus durat etiam post capitis deminutionem. L. Eas obligationes 8. ff. hoc tit.*

(2) *L. Ut quandoque 9. ff. hoc tit., l. Si pater 44. ff. de jure dotium.* (23. 3.)

(3) *L. Capite 19. ff. de ritu nuptiarum* (23. 2.), *l. ult. versic. Neque enim cod. de dotis promissione.* (5. 11.)

§. 1516.

Ex altero capite, eorum scilicet jurium, quae publica sunt, vel, licet quodammodo familiae propria videantur, sub alio tamen respectu ad publicum jus civitatis pertinent, fit ut per minimam capitis deminutionem non amittantur officia Magistratuum, judicum, et similia (1); quia, ut ajunt jureconsulti, minima capitis deminutio privata status mutatio est, quae publica civitatis jura intervertere non debet (2).

Inst. l. 1. tit. 16. ff. l. 4. tit. 5.

(1) *L. Amissione civitatis* 5. §. *ult.*, *et l. seq. ff. hoc tit.*
(2) *Dictis ll.*

§. 1517.

Neque etiam per minimam capitis deminutionem tutelas amitti, tradit Paulus, exceptis iis, quae in jure alieno personis positis deferuntur (1); sive iis, quae deferuntur testamento, vel a judice, quaeque etiam ad eas personas pervenire possunt, quae in alieno jure positae sint, idest sub patria potestate constitutae.

(1) *Tutelas etiam non amittit capitis minutio: exceptis his, quae in jure alieno personis positis deferuntur. L. Tutelas 7. ff. hoc tit.*

§. 1518.

Prosequitur jureconsultus, et apertius sententiam suam explicat, docens, non perimi minima capitis deminutione tutelas, quae testamento datae sunt, vel ex lege, vel ex Senatusconsulto: exceptis tamen iis tutelis, quae ex lege XII. tabularum deferuntur agnatis, quas perimi tradit, sicut et per eandem status mutationem intervertuntur hereditates; quamquam aliud jus observatur in iis hereditatibus, et tutelis, quae ex novis legibus descendunt, quae personas naturaliter respiciunt potius, quam sub civili agnationis consideratione (1).

(1) *Igitur testamento dati, vel ex lege, vel ex Senatusconsulto erunt nihilominus tutores. Sed legitimae tutelae ex XII. tabulis intervertuntur eadem ratione, qua et hereditates exinde legitimae; quia adgnatis deferuntur, qui desinunt esse familia mutati. Ex novis autem legibus et hereditates, et tutelae plerumque sic deferuntur, ut personae naturaliter designentur. D. l. 7. ff. hoc tit.*

§. 1519.

Eadem fere tradit Justinianus, ex quo tutela agnatorum plerumque perimitur; quia agnatio juris civilis, inquit, nomen est, quod capitis deminutione tolli potest (1). Duo tradit Imperator. Primum est, agnationis jua quacumque status mutatione plerumque perimi, et consequenter jura agnationi tributa, veluti tutelas, et hereditates. Plerumque perimi dixit, ut indicaret, jus agnationis certis personis ex novis legibus datum adhuc permanere; quia novae leges personas potius inspiciant, quatenus naturalem statum habent in familia, non civilem. Sic liberi ad matris hereditatem vocantur, quamvis capite minuti sint (2): pariter Anastasius fratrem emancipatum ad legitimam fratris, vel sororis hereditatem, et tutelam vocat (3). Demum Justinianus hoc jus protraxit ad filios fratrum emancipatorum (4).

(1) §. *ult inst. de legit. agnat. tutel.* (1. 15.)
(2) *L.* 1. §. *Capitis minutio* 8. *ff. ad Sen. Cons. Tertyll.* (38. 17.)
(3) §. 1. *inst. de success. cognator.* (3. 5.)
(4) *L. ult.* §. *Quas autem* 4. *cod. de legit. hered.* (6. 58.)

§. 1520.

Alterum est, non eodem modo perire jus cognationis; quia civilis ratio jura quidem civilia corrumpere potest, non autem naturalia (1). Hinc vulgo colligunt interpretes, minima capitis deminutione non amplius perimi tutelam legitimam, postquam Justinianus discrimen sustulit agnationis, et cognationis (2): itaut cognati aeque, ac agnati ad tutelam vocentur, sicuti ad hereditatis emolumentum perveniunt. Quod tamen minus recta ratiocinatione deductum forte videbitur, si attendatur, per hanc exaequationem agnatorum, et cognatorum non impediri, quominus filius ab extraneo adrogatus vere familiam mutet, itaut prioribus consanguineis, quod ad civiles effectus spectat, neque agnatus, neque cognatus existimetur.

(1) *D.* §. *ult. inst. de legit. agnat. tut.* (1. 15.). *Neque sibi contrarius est Justinianus in* §. *pen. inst. hoc tit., ubi docet, per maximam, et mediam capitis deminutionem perire quoque jus cognationis, quippe non de jure ipso, in sanguinis con-*

junctione posito, intelligi debet, quod sane jure civili tolli nequit; sed de civilibus cognationis effectibus, quae naturalia appellantur, quatenus naturali cognationi tribuuntur; et simul civilia, quatenus subsunt dispositioni juris civilis. Inst. l. 1. tit. 16. ff. l. 4. tit. 5.

(2) *Novell.* 118. *cap.* 4. *et* 5.

§. 1521.

Quae hactenus de effectibus capitis deminutionis, atque peremptis hinc juribus tradidimus, summo jure obtinent. Caeterum praetor naturali motus aequitate actiones, tum capite minutis competentes, vel in eos natas perinde restituit, ac si nulla status mutatio intervenisset (1).

(1) *Ait praetor: qui, quaeve, posteaquam quid cum his actum, contractumve sit, capite deminuti, deminutaeve esse dicentur, in eos, easve, perinde quasi id factum non sit, judicium dabo. L. Pertinet* 2. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1522.

Consentiunt interpretes, praetoriam hanc restitutionem locum non habere in maxima, et media capitis deminutione; quia nulla aequitatis ratio suadet, ut ille agere possit, cui libertas, vel civitas adempta est, vel possit conveniri; sed potius actiones illi, et in eum dandae sunt, ad quem bona pervenerunt (1).

(1) *D. l. Pertinet* 2. *in princ. ff. hoc tit.*

§. 1523.

Conveniunt etiam, praetoria restitutione reviviscere actiones omnes contra capite minutum, perinde ac si nulla contigisset status mutatio (1): excepto casu, quo creditor debitorem suum adrogaverit, in quo nec restituitur actio creditori, quamvis debitor adrogatus emancipatione iterum sui juris fiat (2). Sed acriter contendunt, utrum praetor restituerit ipsi capite minuto actiones contra alios competentes.

(1) *D. l.* 2. §. 1. *et* 2. *ff hoc tit.*

(2) *Ei, qui debitorem suum adrogavit, non restituitur actio in eum, postquam sui juris fiat. D. l.* 2. §. 4. *ff. hoc tit.*

§. 1524.

Aliis placet, nequaquam restitui actiones ipsi capite minuto; tum quia de hac restitutione praetor non meminit (1); tum quia eadem non videtur adesse aequitas, ut capite minuto adversus alios restituantur actiones, quas propria sponte, et facto suo amisit, ac ut restitutae aliis dicantur actiones contra capite minutum; quippe ipsis nihil imputari potest

(1) *D. l.* 2. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1525.

Æquius contra aliis videtur, restitui ipsi etiam capite minuto actiones, quas ante emancipationem habebat, vel ante adrogationem, si iterum sui juris fiat; ne alioquin debitores sine ullo suo facto ab omni obligatione liberentur; et capite minutus tam grave damnum sentiat, cui nulla imputari potest culpa, ob quam jure suo cadere debuerit.

§. 1526.

Neque objiciatur, facto suo capite minutum actiones amisisse, adeoque creditoris adrogantis exemplo non esse ipsi restituenda pristina jura (1); potius enim ex legis scrupulositate, et nimia subtilitate actiones perdidit, quam ex proprio facto, et voluntate. Quod vero ad creditorem adrogantem pertinet, non ea ratione traditum est, actiones non reviviscere, quia facto suo eas amiserit; sed potius, quia ex singulari affectione, quae adrogantem movit, ut sibi adsisceret in filium debitorem suum, debiti remissio sponte colligitur.

(1) *D. l. Pertinet* 2. §. *Ei, qui* 4. *ff. hoc tit.*

§. 1527.

Inst. l. 1. tit. 16. ff. l. 4. tit. 5. Caeterum, cum vix hodie ratio habeatur hujus capitis deminutionis, quae per emancipationem contingit, atque jure novo a Justiniano inducto bonorum adrogati proprietas amplius non transeat in patrem adrogatorem, sed solus ususfructus, exemplo eorum, quae a filiis naturalibus extrinsecus acquiruntur (1), extra dubium est, posse capite minutum, non obstante status mutatione, suas exercere actiones.

(1) §. *Nunc autem* 2. *inst. de acquisit. per adrogat.* (3. 11.)

TITULUS XVI.

De attiliano tutore, seu de tutoribus datis ab his, qui jus dandi habent.

SUMMARIUM.

Duplex est officium judicis: tutoris nominatio, ejusque confirmatio. § 1528.

§. 1528.

Duplex esse potest judicis officium in eo, quod ad tutores pertinet, nimirum tutoris nominatio, ejusque confirmatio. Idcirco de duplici hoc munere speciatim agendum nobis est.

CAPUT I.

De tutoribus datis ab his, qui jus dandi habent.

Instit. lib. 1. tit. 20. *De attiliano tutore etc.*
Digest. lib. 26. tit. 5. *De tutor. et curat. datis ab his, qui jus dandi habent etc.*
Cod. lib. 5. tit. 34. *Qui dare tutor., vel curator. possunt etc.*

SUMMARIA.

Proponuntur, quae hic sunt expendenda. §. 1529.
Olim certi tantum Magistratus poterant apud Romanos, tutorem dare; et quidem speciali privilegio §. 1530.
Sed Justinianus, ne ex dilatione pupilli damnum sentiant, facultatem hanc ad alios prorogavit. Jure recepto judex quisque tutores dat. §. 1531.
Dare potest tutorem judex originis, domicilii, vel loci, quo bona sunt sita. §. 1532.
Quidam putant, potiorem esse debere judicem originis; quia potior sit caussa originis, quam domicilii. §. 1533.
Probant ex rescripto Antonini saucientis, ut ad patriam remittatur pupillus, qui nihil possideat, ubi moratur. §. 1534.
Sentiunt alii, praeferendum esse tutorem datum a judice domicilii; quia hic melius prospicere potest pupilli utilitati, et indemnitati. §. 1535.
Nec desunt, qui judicem loci, ubi bona sunt, aliis anteponant; quia ita recta administratio bonorum facilius obtineatur. §. 1536.
Ex Fabri sententia judex loci bonorum non potest, tutorem dare pupillo, qui nec inde originem trahat, nec ibi moretur: nisi in defectum aliorum judicum; praeterquam si ex distantia locorum plures dandi essent tutores. §. 1537.

Si duo sint tutores dati, alter a Magistratu originis, alter a judice domicilii, potior erit, qui prior fuerit datus: nisi aliter suadeat pupilli utilitas. §. 1538.

Dari potest tutor quicumque huic muneri, ex pupilli utilitate gerendo, idoneus sit; dummodo tamen judici subjiciatur, a quo datus est. §. 1539.

Si nemo idoneus in loco reperiatur, ex vicinis locis honestos viros inquirere, debet judex, qui a superiori judice eligentur. §. 1540.

Iust. l. 1. tit. 20. ff. l. 26. tit. 5. Cod. l. 5. tit. 34.

Ulpianus ajens, etiam non municipem tutorem dari posse, significat, incolam recte dari, quamvis alio loco natus sit. §. 1541.

Potest tutor absens nominari, sed intra 30 dies electio ei significanda est. Collega collegam tutorem dare potest: non tamen invitum cogere. §. 1542.

Judex ad tutelam nominare nequit se ipsum, nec a parentibus prohibitum, nec eum, qui tutelam quaerit. §. 1543.

In tutoribus potius spectantur solertia, et integritas, quam facultates, aut dignitas. Utilitas pupillorum primum locum tenet. §. 1544

Tutor a judice dari debet. 1. *Cum nullus testamentarius, nec legitimus est.* §. 1545.

2. *Cum tutor testamentarius temporale habet impedimentum, quo tutelam gerere nequit: puta si sub conditione datus sit.* §. 1546.

Idem servatur, cum ex certo die datus est tutor, vel heres institutus differt, hereditatem adire. Quid, si suus heres institutus proponatur? §. 1547.

3. *Si tutor testamentarius captus sit ab hostibus, donec captivus manet, alium tutorem judex eligit: si autem ibi decedat, legitimae tutelae locus fit.* §. 1548.

Pure tantum dari potest tutor a judice. §. 1549.

§. 1529.

Quatuor hic sunt breviter inquirenda: 1. Qui tutores dare possint. 2. Qui dari. 3. Quibus in casibus. 4. Demum quomodo tutores dari possint.

§. 1530.

Quod pertinet ad potestatem tutores dandi, diversum jus viguit penes Romanos. Primo siquidem a praetore urbano in urbe, et majore parte tribunorum plebis tutores nominabantur: in provinciis vero a praesidibus provinciarum (1). Postea consules ex inquisitione tutores dare coeperunt, deinde praetores ex constitutionibus Imperatorum, qui etiam praetores ad hoc munus speciatim elegerunt, quos tutelares ideo vocabant (2): ita tamen ut non jure proprio, sed speciali Principis indulgentia potestatem hanc explicarent (3). In provinciis autem praesides ex inquisitione tutores creabant, vel Magistratus, jussu praesidum, si modicae essent pupilli facultates (4). Atque ex his constat, rem maximi momenti Romanis visam fuisse tutoris nominationem, itaut solis Magistratibus superioribus hanc fere concederent.

(1) *Princ inst. hoc tit.*
(2) §. *Sed ex his* 3. *inst. hoc tit.*
(3) *L. Muto* 6. §. *Tutoris* 2. *ff. de tutelis.* (26. 1.)
(4) §. *Sed hoc jure* 4. *inst. hoc tit.*

§. 1531.

Verum Justinianus veritus, ne hinc pupillis damnum contingeret; quia diutius aliquando tutore carere debebant, permisit, ut a defensoribus civitatum cum Episcopi interventu tutores darentur, si amplae non essent pupilli facultates: vel ab aliis publicis personis ex praesidis jussu, cum pupilli substantia quingentos solidos excederet (1). Hinc communi fere populorum omnium consensu eo deventum est, ut quisque judex pupillis tutorem dare possit.

(1) §. *Nos autem* 5. *instit. hoc tit.*, *l. Sancimus* 30. *cod. de episcopal. audient.* (1. 4.)

Inst. l. 1. tit. 20. ff. l. 26. tit. 5. Cod. l. 5 tit. 34.

§. 1532.

Judex ergo, ex recepto usu tutorem dare potest, pupillis sibi subditis. Sed difficultas est, utrum jus hoc competat judici originis, an domicilii, an loci, in quo posita sunt bona. Ab alterutro ex his judicibus tutorem dari posse, tradunt Romanae leges (1), quod in foro receptum est (2). Sed, cum unus regulariter tantum tutor detur (3), quaeri potest, quis praeferendus sit.

(1) *L.* 1. §. *ult.*, *l. Jus dandi* 3., *l. Divi* 24., *l. Pupillo* 27. *ff. hoc tit.*

(2) *Fab. cod. Ubi petant. tutor. vel curat. lib.* 5. *tit.* 19. *def. unic.*

(3) §. 1. *inst. de curatoribus.* (1. 23.)

§. 1533.

Quibusdam placet, judicem originis potiorem esse debere; quia potior dicitur a Papiniano originis caussa, quam domicilii (1): atque hoc sensu Ulpianum interpretantur, ubi respondit, etiam non municipem tutorem dari posse, dummodo municipi detur (2): quasi indicaverit jureconsultus, praeferendum esse tutorem constitutum a Magistratu originis ei, qui a judice domicilii datus fuerit; quippe municipes proprie dicuntur cives uniuscujusque civitatis, ex qua originem habent (3).

(1) *L. Libertus* 17. §. *Sed eodem tempore* 4. *ff. Ad municipalem.* (50. 1)

(2) *Etiam non municeps tutor dari potest, dummodo municipi detur. L. Etiam* 10. *ff. de tutelis.* (26. 1.)

(3) *L.* 1. *princ.*, *et* §. 1. *ff. Ad municipal.*, *l. Municipes* 228. *ff. de verb. signific.*

§. 1534.

Insuper in praesidium sententiae suae Imperatoris Antonini rescriptum afferunt, quo permittitur quidem tum judici originis, tum loci, in quo sita sunt bona, ut tutorem, vel curatorem pupillis constituant (1). Caeterum, si pupillus neque possideat facultates in loco, ubi moratur, neque inde originem ducat, decernit Imperator, ut ad patriam suam remittatur, ibi tutores accepturus (2).

(1) *Magistratus ejus civitatis, unde filii tui originem .... ducunt, vel ubi eorum sunt facultates, tutores, vel curatores his .... dare curabunt. L. unic. cod. Ubi petantur tut.* (5. 32.)

(2) *Quod si filii tui neque possident quicquam in provincia, ubi morantur, neque inde originem ducunt, restituti apud patriam suam, et ubi patrimonium habent, morabuntur, et ibi defensores legitimos sortientur. D. l. unic. in fine.*

§. 1535.

Sentiunt alii, praeferendum esse in tutelae administratione eum, qui a judice domicilii datus sit, alteri, qui fuerit ab originis judice electus, saltem si non tantum pupillus in eo loco habitet, sed et facultates suas ibi habeat; quia convenientius judex hic prospicere pupillo, possit, qui et ejus mores melius perspectos habet, et facilius idoneum tutorem ejus bonis administrandis designabit.

§. 1536.

Neque desunt, qui judici loci, ubi posita sunt bona, primum dandum esse locum, existiment; eo fundamento, quod quamvis pupilli personae tutor potissimum detur, majus tamen periculum plerumque imminet in administratione bonorum, quam in educatione pupilli, quae per alios, non per ipsum tutorem, adimpleri solet. Addunt, rerum administrationem tanti momenti visam Romanis fuisse, ut a receptissima regula, qua unicus dandus est tutor, recedendum existimaverint in eo casu, quo pupillus pluribus in locis invicem dissitis bona possideret (1).

(1) *Pupillo, qui tam Romae, quam in provincia facultates habet, rerum, quae sunt Romae, Praetor: provincialium praeses, tutorem dare potest. L. Pupillo* 27. *ff. hoc tit.*

§. 1537.

In hoc argumento aequitati, et Romanis legibus magis consentanea videtur Fabri sententia a Sabaudo Senatu probata, qua traditur, judicem loci, in quo sita sunt pupilli bona, non posse, tutorem dare pupillo, qui neque ex eo originem trahat, neque ibi domicilium constituerit, uti nec curatorem bonorum; nisi prius constet judicem originis, aut habitationis tutorem dare nolle, aut non posse: vel tutorem ab eo datum nolle, aut non posse administrare bona, quae sint extra provinciam (1): nisi forte longe dissita loca proponerentur, ut pupilli interesset, plures habere tutores, et mora damnum esset pupillo allatura (2). Quo casu ex ipsius Romani juris principiis plures tutores dantur (3). Inst. l. 1. tit. 20. ff. l. 26. tit. 5. Cod. l. 5. tit. 34.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 5. tit. 20. def. 3.*

(2) *Fab. cod. De in litem dando tutore lib. 5. tit. 27. def. 3. num. 10., et seqq. in corp.*

(3) *L. Pupillo 27. ff. hoc tit., d. l. unic. cod. Ubi petant. tutor. vel curat.* (5. 32.)

§. 1538.

Si autem duo proponantur tutores dati, alter a Magistratu originis, alter a judice domicilii, quamquam potior videtur prioris caussa (§. 1533. et seq.); quia tamen domicilii judex ordinariam etiam jurisdictionem exercet in pupillum (1); quemadmodum et erga alios, qui in territorio commorantur (2), recte tradit idem Faber, fore praeventioni locum (3): nisi utilitas pupillorum aliud suadeat; ad quam exigi debent omnia, quae tum ad personam, tum ad patrimonium pupilli pertinent (4). Quo fundamento passim in foro obtinet, ut praeferatur tutor ab eo judice electus, qui, singulis perpensis adjunctis, utilitatibus pupilli curandis magis idoneus sit (5).

(1) *L. Magis puto 5. §. Illud quaeri 12. ff. de reb. eor., qui sub. tut.* (27. 9.)

(2) *L. Incola 29. ff. Ad municip.* (50. 1.)

(3) *Fab. d. def. unic. lib. 5. tit. 19. num. 3. in corp*

(4) *L. Utilitatem pupillorum 10. ff. de confirm. tut.* (26. 3.), *Fab d. def. unic. in fine.*

(5) *Dummodo tamen jurisdictioni ejus judicis subjiciatur, a quo datus est. Fab. d. def. unic. ult. in allegat. V. §. sequ.*

§. 1539.

Dari potest generaliter tutor a judice, quicumque idoneus sit ad pupilli mores instruendos, ejusque negotia gerenda (§. 1430.); adeoque etiam filiusfamilias (§. 1434. et seqq.): non autem furiosus, et minor, quamvis hi tutores nominari testamento queant (§. 1436.): neque mulieres, excepta matre, et avia (§. 1437. et seqq.), quibus leges pietatis intuitu tutelam filiorum singulari privilegio permiserunt: modo tamen ille, qui a judice tutor eligitur, ipsius jurisdictioni subjiciatur; neque enim judex ad subeundum munus cogere potest eum, qui extra territorium ipsius sit (1).

(1) *L. ult. ff. de jurisdict.* (2. 1.), *l. Jus dandi 3. ff. hoc tit., l. Neque 5. cod. hoc tit.*

§. 1540.

Si autem casus contingat, quo nullus idoneus inveniatur in eodem loco, judicis officium erit inquirere ex vicinis civitatibus houestos viros huic muneri pares, atque ad superiorem judicem, vel Magistratum eorum nomina mittere, qui tutorem propria auctoritate eliget (1).

(1) *Si quando desinit in civitate, ex qua pupilli oriundi sunt, qui idonei videantur esse tutores: officium sit Magistratuum, inquirere ex vicinis civitatibus honestissimum quemque, et nomina praesidi provinciae mittere, non ipsos, arbitrium dandi, sibi vindicare. L. Divi 24. ff. hoc tit.*

§. 1541.

Neque his adversatur Ulpianus, ajens, etiam non municipem tutorem dari posse (1);

Inst. l. 1. tit. 20. ff. l. 26. tit. 5. Cod. l. 5 tit. 34.

cum enim municipis nomine ille significetur, qui ex aliqua civitate originem trahit (§. 1533.), ita interpretandus est jureconsultus, ut indicet, posse incolam tutorem nominari, quamvis alio loco natus sit: quod et innuunt Imperatores, cum prohibent, ne tutor eligatur a Magistratibus municipalibus, qui ex alia civitate ortus sit, nec domicilium habeat, ubi nominatur (2), incola enim aeque Magistratibus parere debet, apud quos incola est, ac illis, apud quos civis est, itaut utriusque jurisdictioni subjaceat, et utriusque loci muneribus fungi debeat (3).

(1) *L. Etiam* 10. *ff. de tutelis.* (26. 1.)

(2) *L. Neque a praeside* 5. *cod. hoc. tit.*

(3) *L. Incola* 29. *ff. Ad municipal.* (50. 1.)

§. 1542.

Caeterum, sicut pupillo tam praesenti, quam absenti, imo ignoranti, et invito dari tutor potest, ita et tutor absens potest nominari (1): sed intra triginta dies judicis electio ei significanda est (2), ut congruo tempore allegare possit excusationis caussas, si quas forte habeat. Collega quoque collegam dare tutorem potest (3); quamvis, eum invitum ad tutelam suscipiendam cogere, nequeat; tum quia Magistratus a tutela excusationem habent (4); tum quia par in parem nullum habet imperium (5).

(1) *L. Illud semper* 5. *et seqq. ff. hoc tit.*

(2) *L. ult. ff. hoc tit.*

(3) *L. Ubi absunt* 19. §. 1. *ff. hoc tit.*, *l. Decreto decurionum* 3. *ff. Qui petant tutores.* (26. 6.)

(4) *L. Si duas habenti* 6. §. *Remittuntur* 16. *ff. de excusation.* (27. 1.)

(5) *L. Apud eum* 14. *ff. De manumiss.* (40. 1.), *l. Apud filiumfamilias* 18. §. 1. *ff. De manumiss. vindicta.* (40. 2.)

§. 1543.

Quemadmodum autem cavere debet Magistratus, ne eos eligat, qui se ipsos volunt ingerere; quia hoc ipso supecti fiunt (1); nec eos, qui pecuniam dederunt, ut crearentur (2): ita neque, semetipsum tutorem dare, potest (3); quia videretur tutela affectasse quo suspectus fieret. Neque eum jure dabit, qui a parentibus prohibitus fuerit, quamvis sponte hic tutelae consentiat (4): nec qui debitor, aut creditor pupilli sit. (§. 1451.)

(1) *L. Quae omnia* 25. *ff. de procurat.* (3. 3.)

(2) *L. Scire oportet* 21. §. *ult. ff. hoc tit.*

(3) *L. Praetor* 4. *ff. hoc tit.*

(4) *Sed et si quis a parentibus prohibitus fuerit, tutor esse, hunc neque creari, oportet; et, si creatus sit, nec recusaverit, prohiberi eum, esse tutorem manente epitimia. D. l.* 21. §. 2. *ff. hoc tit.*, *ubi epitimiae nomine integra existimatio significatur.*

§. 1544.

Diligenter ergo inquirat judex in mores eorum, quos ad tutelam vocare constituit: atque potissimum expendat eorum solertiam, voluntatem, et mores, potiusquam facultates, aut dignitatem (1): ut tamen in omnibus utilitas pupillorum praecipua sit (2).

(1) *Cum reliquis oportet, Magistratum et mores creandorum investigare; neque facultates enim, neque dignitas ita sufficiens est ad fidem, ut bona electio, vel voluntas, et benigni mores. D. l.* 21. §. 5. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Utilitatem* 10. *ff. De confirmand. tutor.* (26. 3.)

§. 1545.

Plures casus sunt, quibus a judice tutor dari debet. Primus est, quando neque ullus est agnatus, aut cognatus, qui hoc munus subeat (1); hos enim dativis tutoribus, si nihil obsit, praeferri, jam animadvertimus (§. 1395.).

(1) *Princ. instit. hoc. tit.*

§. 1546.

Alter est casus, quando tutor testamento nominatus ob temporale impedimentum nequit, tutelam administrare. Hujusmodi autem impedimentum ex quadruplici capite proficisci potest. 1. Si tutor sub conditione testamento electus fuerit: interim, donec conditio adimpleatur, judex tutorem pupillo constituit (1); non enim aliter tutelae legitimae locus fit, quam si omnino deficiat testamentaria (2). Quod si conditio defecerit, ad agnatos pervenire tutelam, superius demonstravimus. (§. 1455. et seqq.) Inst. l. 1. tit. 20. ff. l. 26. tit. 5 Cod. l 5. tit. 34.

(1) §. 1. *inst. hoc tit.*

(2) *Sciendum est enim, quamdiu testamentaria tutela speratur, legitimam cessare. L. Si quis* 11. *ff. de testam. tut.* (26. 2.)

§. 1547.

Idem jus observari leges praecipiunt, cum ex die certo tutor est datus (1): aut heres testamento institutus aditionem hereditatis differt, vel quia et ipse sub conditione institutus sit, vel quia deliberare velit, utrum adire debeat hereditatem, necne (2). Aliud esset, si pupillus ipse, vel alius, qui suus heres testatoris sit, institutus proponeretur; cum enim in suis heredibus, qui ipso jure hereditatem habent, aditio non sit necessaria (3), a morte testatoris vires suas exeret tutela testamentaria.

(1) *D.* §. 1. *inst. hoc tit*, *d. l.* 11. *ff. de testam. tut.*

(2) *D.* §. 1. *inst. hoc tit.*

(3) *L. In suis heredibus* 14. *ff De suis, et legit. heredibus* (38. 16.)

§. 1548.

Demum, si tutor testamentarius captus ab hostibus sit, donec revertatur, aut in captivitate decedat, alius tutor a judice nominatur, qui desinet, cum captivus ad patrios lares revertetur, utpotequi tutelam recipiet (1): legitimae autem tutelae locus fiet, si ibi decedat, quia tunc certum est, nullam amplius superesse spem tutoris testamentarii (2).

(1) § *Ab hostibus* 2. *inst. hoc tit.*

(2) *Argum. l.* 11. *princ.*, *et* §. *Quod si tutor* 3. *ff. de testament. tutela.* (26. 2.)

§. 1549.

Quod pertinet ad modum, quo tutor a judice detur, jam diximus, pure tantum dari posse ad discrimen testamentarii: adeoque nec ex die, nec in diem, nec sub conditione; ne judicis in pendenti sint, aut mutationi obnoxia; vel pupillus indefensus relinquatur (§. 1450. et seqq.).

CAPUT II.

De tutoribus confirmandis.

Instit. lib. 1. tit 20. *De attiliano tutore etc.*
Digest. lib. 26. tit. 3. *De confirmando tutore, vel curatore.*
Cod. lib. 5. tit. 29. *De confirmando tutore*

SUMMARIA.

Generalis regula est, tutores a patre legitime datos confirmatione non indigere. § 1550.

Tantum confirmari debent, qui dati sunt ab iis, qui jus dandi non habent; vel dati non sunt, sicut leges praescribunt. §. 1551.

Alii confirmantur simpliciter: alii cum inquisitione: aliis et injungitur satisdatio. §. 1552.

Inst. l. 1. tit. 20. ff. l. 26 tit. 3. Cod. l. 5. tit. 29.

Inquisitio est diligens perscrutatio facta a judice ex praescripto legum, an tutor testamento datus idoneus sit. §. 1553.

Satisdatio est cautio rem pupilli salvam fore, praestitis fidejussoribus. §. 1554.

Simpliciter confirmatur tutor a patre datus filio emancipato, aut naturali instituto: vel filio in potestate retento, sed modo minus legitimo. § 1555.

Confirmatur cum inquisitione datus a patre filio naturali, cui nil relictum sit; datus a matre, vel ab extraneo, pupillo instituto. §. 1556.

Injungitur praeterea satisdatio, cum a quovis alio datus est tutor. Affertur ratio diversi hujus juris. §. 1557.

Aliquando etiam inquisitio praecedere debet, antequam confirmetur tutor a patre datus. § 1558.

Tutores confirmatos, quibusdam placet, dativis accensere; quia a judice auctoritatem accipiant: quod tradi putant a Papiniano §. 1559. *et* 1560.

Probant et ex eo, quod tutori testamento minus legitime dato non currant tempora excusationis, nisi post confirmationem. §. 1561.

Sentiunt alii, tutores hos potius testamentarios esse; quia non judex, sed lex auctoritatem suppleat. Addunt, in contraria sententia, legitimos tutores istis praeferendos esse. §. 1562.

Probant et ex Modestino ajente, curatorem testamento datum testamentarium dici; cum tamen curator testamento dari non possit. §. 1563.

Si lex tutoris nominationem a judice confirmandam statuat, testamentarius tutor est. §. 1564.

Si autem a judicis arbitrio pendeat, utrum eum confirmet, necne, dativum dicimus. §. 1565.

Quandonam legitimi tutores praeferantur tutoribus confirmandis? §. 1566.

Quod ait Papinianus, tutorem pupillo inique exheredato datum ex praetoris judicio auctoritatem accipere, ita intelligi potest, quatenus tutor hic ex legum praescripto prius gerere nequit, quam judex constituerit. §. 1567.

Caeterum diverso sensu tutores hi testamentarii, et dativi vocari possunt. §. 1568.

§. 1550.

Alterum judicis munus pertinet ad confirmationem tutorum, qui testamento dati sint. Atque hic regula generalis est, non egere confirmatione eos, qui patris legitima dispositione fuerint nominati; quippe paternum judicium legitime demonstratum confirmationis necessitatem excludit: dummodo datus sit tutor, quibus oportet, et quomodo, et ubi oportet (1).

(1) *L.* 1. §. 1. *ff. hoc tit. Quare sufficit, judici exhiberi patris testamentum, quo tutorem designavit; ad hoc ut tutor legitime administret. V. Pratica legale part.* 2, *tom.* 1. *cap.* 51. §. 13. *et* 14.

§. 1551.

Illi ergo dumtaxat confirmatione indigent, qui vel ab iis dati sunt, qui jus dandi non habent: vel iis dederunt, quibus dare non possunt: vel eo modo non dederunt, quem leges praescribunt: veluti si pater emancipato filio tutorem dederit, aut naturali; aut mater, vel extraneus pupillis prospexerint: vel ipse pater testamento minus solemni, aut codicillis non confirmatis tutorem elegerit (1).

(1) *Si autem fuerit persona talis, quae non potest dare, veluti mater . . . , aut extraneus quis: aut persona, cui non potest dari, velut si pater filio non existenti in potestate . . . , aut in codicillis non confirmatis dederit tutorem, aut curatorem; tunc, quod deficit, repleri a consulari potestate, constitutiones concesserunt, et secundum mentem confirmari tutores. D. l.* 1. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1552.

Inst. l. 1. tit. 20. ff. l. 26. tit. 3. Cod. l. 5. tit. 29.

Qui confirmantur, non omnes ejusdem conditionis sunt: alii enim confirmantur sine inquisitione, et satisdatione: aliis satisdatio remittitur, non inquisitio: demum alii sunt, quorum confirmatio non fit, nisi praevia inquisitione, et satisdatione.

§. 1553.

Antequam singulas species demonstremus, breviter explicandum est, quid inquisitionis, et satisdationis nomine veniat. Inquisitio nihil aliud est, quam diligens a judice secundum leges facta perscrutatio, an tutor testamento designatus idoneus sit ad pupillum congrue instituendum, ejusque facultates administrandas: nimirum investigare debet judex, non tantum corporis, et animi dotes electi tutoris, sed et fidem, integritatem, affectionem erga pupillum, vel ejus patrem: tum facultates, et vitae institutum (1).

(1) *L. Tutores* 5. *ff. hoc tit.*

§. 1554.

Satisdatio autem, quae proprie, et stricte accepta a cautione differt, quatenus jurejurando etiam, et datis pignoribus caveri potest, est actus, quo tutor praestitis idoneis fidejussoribus spondet, rem pupilli salvam fore (1).

(1) *L.* 1. *ff. Qui satisdare cogantur.* (2. 8.)

§. 1555.

His positis dicimus, confirmandum esse a judice sine inquisitione, et satisdatione tutorem a patre datum filio emancipato, aut naturali, cui tamen aliquid reliquerit (§. 1422.): vel filio in potestate retento, si tutorem designaverit verbis precariis, vel codicillis testamento non confirmatis (1): vel datus sit testamento, quod per querelam inofficiosi ex jure veteri, aut alio quocumque vitio irritum factum sit (2).

(1) *D. l.* 1. §. 1. *ff. hoc tit.*, *l. Qui a patre* 3., *l. Si filio puberi* 6. *ff. eod. tit.*

(2) *L. Si pater* 31. *ff. de testamentar. tut.* (26. 2.)

§. 1556.

Confirmatur cum inquisitione tutor a patre datus naturali filio, cui nihil reliquerit (d. §. 1422.): tum datus a matre, sive filium exheredaverit, sive eum scripserit heredem (§ 1414.): demum datus ab extraneo illi, quem heredem instituerit (§. 1417.).

§. 1557.

Necessaria praeter inquisitionem satisdatio est, cum ab aliis extra parentes personis datus proponatur tutor, qui pupillum heredem non instituerint (1). Sane aequitas quidem suggerit, ut paternum testimonium pro inquisitione, et satisdatione sit (2): matris affectio, ut et extranei, qui pupillo bona sua reliquerit, satisdationem, non inquisitionem in negotio tanti momenti remittendam, suadent. Haec autem cum in aliis non occurrant, aequum est, ne aliter a judice tutores confirmentur, quam praevia inquisitione, et satisdatione.

(1) *Tutores a patruo testamento datos jussit Praetor Magistratus confirmare: Hi cautionem quoque accipere debuerunt. L. Tutores* 5. *ff. hoc tit.*

(2) *L. ult.* §. *Etsi quidem* 5. *cod. De curat. furios*, *vel prodig.* (5. 70.)

§. 1558.

Caeterum, quod de confirmando tutore a patre dato constituimus, exceptionem habet, si mutati sint post testamentum tutoris mores, aut minutae facultates, aut inimicitiae cum patre exarserint, quibus suspecta fiat tutoris fides (1): vel pater ignoraverit, quae cum removere potuissent, ne illi, quem elegit, filiorum tutelam committeret; quamvis enim magni facienda sit patris voluntas, praevalere tamen debet utilitas pupillorum (2).

(1) *L. In confirmando* 8. *et seq. ff. hoc tit.*

(2) *Utilitatem pupillorum Praetor sequitur, non scripturam testamenti, vel codicillorum. L. Utilitatem* 10. *ff. hoc tit.*

Inst. l. 1. tit. 20. ff. l. 26. tit. 3. Cod. l. 5. tit. 29.

§. 1559.

Dissentiunt interpretes, utrum tutores a judice confirmati testamentariis, an dativis annumerandi sint. Quibusdam placet, dativis illos accensendos esse, quia tutores confirmati, non ex testamento, sed ex decreto Magistratus jurisdictionem accipiant. Atque, hoc a Papiniano tradi, putant, cum tutorem a patre datum filio exheredato, qui inofficiosi querelam movere intendat, confirmandum docet; sed addit, ex eventu postea dignoscendum, utrum ex testamento patris, an ex decreto praetoris auctoritatem acceperit (1): scilicet ex testamento, inquiunt, auctoritatem tutor habebit, si filius juste fuerit exheredatus, adeoque vires habere testamentum judex declaraverit: ex praetoris decreto, si iniqua fuerit exheredatio demonstrata, atque ideo irritum factum testamentum.

(1) *Propter litem inofficiosi testamenti ordinandam exheredato filio, cui tutorem pater jure dedit, eundem a Praetore confirmari oportet; eventus etenim judicatae rei declaravit, utrum ex testamento patris, an ex decreto praetoris auctoritatem acceperit. L. Jure nostro 26. §. Propter 2. ff. de testam. tut.* (26. 2.)

§. 1560.

Neque, obesse, ajunt, novum jus, quo per inofficiosi querelam, sola institutione infirmata, reliqua testamenti capita in suo robore permanent (1); siquidem semper eandem vim habet Papiniani argumentum, quo tutor confirmatus, non ex patris voluntate, sed ex judicis sententia auctoritatem suam accipit.

(1) *Novell.* 115. *cap. Aliud quoque* 3. *in fine.*

§. 1561.

Addunt, ut sententiam suam confirment, tutori, testamento minus legitime dato, non currere tempora excusationis, nisi post confirmationem (1): atque, sicut ante confirmationem administratio rerum pupillarium ejus periculo non est (2); ita, si eidem se ingesserit, non actione tutelae, sed negotiorum gestorum ad reddendas rationes conveniri (3).

(1) *L. Scire* 13. §. *Qui non* 12. *ff. de excusation.* (27. 1.)

(2) *L. Impuberi* 40., *l. Qui negotiationem* 58. §. *Testamento* 2. *ff. De admin. et peric. tut.* (26. 7.)

(3) *L.* 1., *l. Mater* 4. *cod. De testam. tut.* (5. 28.)

§. 1562.

Contra sentiunt alii, tutores confirmatos testamentarios potius, quam dativos habendos esse; quia confirmatio eo tantum tendit, ut, quod tutoris jurisdictioni deest, a judice quidem suppleatur, sed ex legis praescripto. Unde sequitur, tutores nullam auctoritatem a judice revera accipere, sed a testatore, et lege. Addunt, dativis semper praeferri legitimos: quare legitimi illis essent anteponendi, si confirmati dativis annumerarentur; quod nemini placet.

§. 1563.

Demum Modestini responsum afferunt, quo curator testamento datus testamentarius dicitur (1); cum tamen certum sit, patrem minus posse curatorem designare (2); quam filio emancipato, aut naturali, tutorem constituere: vel matrem liberis suis tutorem dare; quippe in prima specie ipsa juris ratio obstare videtur, in altera potius subtilitas juris.

(1) *Dativus, vel testamentarius tutor, sive curator non petet satis a collega suo. L. Dativus 7. ff. rem pupill. salv. fore.* (46. 6.)

(2) §. 1. *inst. de curatoribus.* (1. 23.)

§. 1564.

Conciliari posse videntur diversae istae sententiae, si distinguamus inter casus, quibus necessaria, sive coacta est judicis confirmatio: eosque, in quibus libera est. Si lex tutoris nominationem a judice confirmandam statuat; veluti cum pater emancipato, vel na-

turali filio tutorem dat: vel tutorem quidem constituit filio in potestate retento, sed minus legitimo modo: aut mater liberis suis, aut extraneus pupillis heredibus institutis, testamentarium potius, quam dativum appellabimus; quia tunc ex testamento ipso, lege confirmante, tutor auctoritatem accipit. Inst. l. 1. tit. 20. ff. l. 26. tit. 3. Cod. l. 5. tit. 29.

§. 1565.

Si autem datus ab eo tutor proponatur, qui nullum, ne ex aequitate quidem, dandi jus habet, veluti a patruo, aut quocumque extraneo, qui pupillum heredem non instituerit, dativis accensebitur; quia omnem suam jurisdictionem a judice habet, a quo libere, quia nullo jure cogente, confirmatus, seu potius electus est.

§. 1566.

Atque hinc sponte fluit, tutoribus posterioris generis legitimos anteferendos esse; ne in privatorum potestate sit, publicas de tutelae delatione leges pro arbitrio evertere (1). Exceptio esset, si pupillus alia bona non haberet, quam quae extraneus eidem reliquit; tunc enim ex aequitate potius confirmari deberet tutor ab extraneo datus, quam admitti legitimus eo excluso (§. 1418. et seqq.). Quod si pupillus praeter haec alia habeat bona, judicis erit definire, inspectis quantitate bonorum, et qualitatibus personarum, uter praeferendus sit: nisi enixa appareat extranei, qui pupillum heredem instituit, eique tutorem designavit, voluntas. Quo casu, saltem ut administrator, hic confirmandus erit, tutela ad consanguineos delata: exemplo tutoris ab extraneo dati pupillo, qui sub patris potestate adhuc constitutus sit. (§. 1419.)

(1) *L. Jus publicum* 38. *ff. de pactis* (2. 14.), *l. Neratius quaerit* 20. *ff. De relig., et sumptib. funer.* (11. 7.), *l. Quod bonis* 15. §. 1. *ff. ad leg. falcid.* (35. 2.)

§. 1567.

Neque huic distinctioni adversatur Papiniani responsum, ex quo tutor pupillo inique exheredato datus praetoris judicio auctoritatem suam accipit (§. 1559.); nam ita explicari potest jureconsultus, quatenus ante judicis confirmationem tutor gerere nequit, non quasi auctoritatem suam accipiat; sed quia leges, quae hujusmodi electionem minus legitimam tuentur, ut exitum habeat, praeviam requirunt confirmationem; ne juris auctoritas in totum laedi videatur.

§ 1568.

Caeterum nonnihil interesse videtur, utrum confirmati tutores testamentarii appellentur, an dativi; dummodo confirmatos, ex legis sanctione, legitimis praeponendos esse sciamus, secundum ea, quae supra tradidimus (§. 1566.): maxime quia sub diversa ratione utroque nomine vocari possunt; testamentarii, quatenus ex testamento muneris sui initia desumunt; dativi vero, quatenus complementum ejus a judice accipiunt: eadem fere ratione, qua, testamentarias hereditates legitimas dici posse, scripsit Ulpianus, quia a legibus confirmantur (1).

(1) *Lege obvenire hereditatem, non improprie quis dixerit, et eam, quae ex testamento defertur; quia lege* XII. *Tabularum testamentariae hereditates confirmantur. L.* 130. *ff. de verbor. signific.*

Inst. l. 1. tit. 20. ff. l. 26. tit. 6. Cod. l. 5. tit. 31.

TITULUS XVII.

Qui petant tutores.

Instit. lib. 1. tit. 20. *De attiliano tutore.*
Digest. lib. 26. tit. 6. *Qui petant tut., vel curat. etc.*
Cod. lib. 5. tit. 31. *Qui petant tutores, vel curatores.*

SUMMARIA.

Cum facile contingere possit, ut judex ignoret, an aliquis pupillus tutore destitutus sit, leges quibusdam dederunt facultatem petendi tutores, aliis necessitatem imposuerunt. Quae in hoc articulo distincte sint explicanda? §. 1569.

Sponte tutores petunt cognati remoti, amici, familiares: atque his deficientibus extranei admittendi videntur. §. 1570.

Ex iis, qui coacti petunt, alii ob proprium commodum hoc munere funguntur, alii ob commodum pupillorum. §. 1571.

Ob proprium commodum petunt, quicumque persecutionem habent contra pupillum. §. 1572.

Ob commodum pupillorum petere debent mater, etiam filiis naturalibus, avia, consanguinei omnes, qui ad successionem pupilli proxime vocantur. § 1573.

Petendus est tutor idoneus, qui nec possit se excusare, nec removeri debeat. §. 1574.

Curare etiam debet mater, ut confirmetur tutor minus legitime datus. §. 1575.

Confestim tutorem petere, mater debet; nisi ex magna caussa impediatur: quo casu anni spatium habet §. 1576.

Ex rescripto Theodosii, et Valentiniani, anni spatium ad petendum tutorem concedi videtur omnibus. §. 1577.

An matri contra vetus jus annus concedatur? Affirmant plures. §. 1578.

Alii consanguineis tantum hoc tempus concedi putant, non matri, quae diligentius prospicere debet utilitati liberorum impuberum. §. 1579.

Facilius successione privari matrem putant, quam consanguineos; quia matri successio filii ex indulgentia concessa est, consanguineis ex stricto jure XII. *tabularum.* §. 1580.

A quo die currat anni spatium? Alii putant a die, quo mortuus est pater, alii ita sentiunt in matre: consanguineis vero currere existimant post annum, quo mater vidua fuit. §. 1581.

Certa ab incertis secernenda sunt. Si mater tutrix secundo nupserit, omnino privatur successione: nisi prius tutorem dari curaverit, rationes reddiderit, et reliqua solverit. §. 1582.

Consentiunt omnes, matrem pupilli nomine a creditoribus conventam, quae tamen se tutricem neget, condemnari posse, ut intra tempus arbitrio judicis statuendum tutorem petat. §. 1583.

Probabilius videtur, etiam inspecto jure novo, matri confestim a viri morte tutoris petendi onus incumbere. §. 1584.

Probatur sententia haec legibus. §. 1585.

Probatur etiam ratione. Pupillorum favor non patitur anni dilationem. §. 1586.

Pupillus intra annum luctus non est sub matris cura. §. 1587.

Demonstratur, constitutionem Imperatorum in l. 10. cod. de legit. hered. *ad matrem non pertinere.* §. 1588.

Inst. l. 1. tit. 20. ff. l. 26. tit 6. Cod. l. 5. tit. 31.

Vulgare effatum, poenas interpretatione potius emolliendas esse, tunc tantum locum habet, cum non resistit jus, nec aequitas. Resistunt hic speciales leges. §. 1589.

Resistit etiam aequitas, quae non patitur, ut favor pupillorum negligatur desidis matris gratia. §. 1590.

Ergo confestim mater tutorem petere debet, nisi justa caussa excusetur: arbitrio autem judicis definiendum est tempus, quo elapso negligens mater in poenam legis inciderit. §. 1591.

Annus consanguineis concessus non incipit post annum, quo mortuus est pater. §. 1592.

Neque a die, quo mater neglexerit tutoris petitionem; sed a morte patris. §. 1593.

Consanguineis ergo annus indistincte conceditur, matri dumtaxat ex gravissima caussa. Consanguinei minus conjuncti sunt, et facile possunt, ignorare pupilli conditionem. §. 1594.

Curatores petendi non sunt minoribus, imo nec licet: nisi cum tutelae rationes reddi debent. §. 1595.

Si tamen impubes curatore indigeat, furiosus, vel in ventre existens, sub iisdem poenis petendus est. §. 1596

Mater non tenetur, ut nec consanguinei, tutorem suspectum accusare. §. 1597.

Hereditas, quae matri, aut consanguineis aufertur, fisco non cedit, sed proximioribus in successione. §. 1598.

Mater negligens tutorem petere, legitimam adhuc retinet. §. 1599. *et* 1600.

Cessat poena privationis, si filius pubes decedat intestatus. Injuria tacite censetur remissa §. 1601.

Si filius pubes, sed mentecaptus decedat, dubium est. Poenam cessare, suadent generalia legum verba; tum et ratio, quia hic agitur de lege poenali facile non extendenda. §. 1602. *et* 1603.

Contraria sententia magis consona videtur legibus, et generalibus juris principiis. §. 1604.

Posteriores quidem leges exceptionem admittunt pubertate adveniente: sed priores indistincte matrem repellunt a successione. §. 1605.

Ergo posteriores leges potius explicaverunt ad aequitatis normam, et ex generalibus regulis priores; adeoque ex praesumpta voluntate filii exceptionem hanc induxerunt, quae praesumptio cessat in hac specie. §. 1606.

Leges quidem posteriores exceptionis caussam non afferunt, sed naturalis ratio eam indicat: maxime quia alia congruentior deest §. 1607.

Demonstratur, poenales leges ex identitate rationis, potissimum suadente aequitate extendi de casu ad casum. §. 1608. *et* 1609.

Hinc proprie non agitur de extensione legis poenalis; sed potius de interpretatione legis novae, quae veterem corrigit, et illius poenam restringit. §. 1610.

Difficilius extenditur lex poenalis, quam abrogetur vetus lex, quae poenam contineat §. 1611.

Ulpianus hujus legis sententiam ad plures similes casus recta interpretatione protraxit. §. 1612.

Cessat 1. *Legis poena, cum impubes egenus est, aut non solvendo.* §. 1613.

2. *Si amplum legatum relictum sit pupillo ea lege, ne tutores habeat; dummodo magis intersit, legatum habere, quam tutorem.* §. 1614.

Sed non excusatur mater, quae a patre prohibita, qui eam tutricem esse desideraverat, si tutorem filio non petierit. §. 1615.

Excusat minor aetas, non autem juris ignorantia. §. 1616.

§. 1569.

Inst. l. 1. tit. 20. ff. l. 26. tit. 6. Cod. l. 5 tit. 31.

Quamquam, testamentariis, et legitimis tutoribus deficientibus, judicis munus est, tutorem pupillis dare; quia tamen facile contingere potest, ut judex ignoret, an pupilli inveniantur, qui turoribus careant, idcirco leges constituerunt, ut alii sint, quibus tutoris petendi facultas competat. Quin, ut tutius pupillis prospicerent, quasdam personas designarunt, quae ex officio tutores petere teneantur, idest aliquem specialiter judici nominatim commendare, veluti idoneum ad hoc munus gerendum; non simpliciter judicem monere, ut tutorem pupillo constituat (1): futurum alioquin, ut coercitioni legum subjaceant, si hoc munus negligant, videlicet impuberis successione priventur. Quidam ergo sunt, qui tutores petere possunt; alii, qui tenentur (2). Quare in hoc titulo haec distincte sunt expendenda. 1. Qui possint, vel teneantur, tutores petere. 2. Quo tempore petendus sit tutor impuberibus. 3. An idem jus vigeat, seu eadem obligatio petendi curatores. 4. Quae sit poena eorum, qui tutores non petunt. 5. Quibus in casibus locum habeat, vel cesset hujusmodi poena.

(1) *Veluti opportune ex Noodt animadvertit Heinec. in pandect. hoc tit. §. 317.; atque ex infra dicendis constabit.*

(2) *Alii igitur voluntate petunt tutores; sunt autem quidam, quibus necesse est, petere tutores. L. Si minores 2. §. 1. ff. hoc tit.*

§. 1570.

Sponte tutores petunt, cognati, affines, qui non sint in proximo succedendi gradu, familiares parentum, amici, et educatores puerorum (1): imo et quivis alius ad petendos tutores admittendus videtur; tum quia hic tantum agitur de pupillorum favore, non de judicio publico, quo alteri damnum inferatur, aut temere potestas usurpetur; tum quia eo ipso, quo leges admittunt familiares, atque amicos, qui nulla sanguinis necessitudine conjuncti sint, satis indicant, neminem repellendum, quem affectio erga pupillos, eorumque utilitatem ad petendos eis tutores inducat. Quamquam, non prius extraneis tutores petere concedendum est; quam neglexerint ii, ad quos spectat (2).

(1) *Si minores non habent eos, qui ex legibus sunt defensores, si quidem tutoribus indigent propter aetatem, possunt, petere eis tutores constitui, cognati, et qui secundum affinitatem sunt, familiares parentum masculorum, et foeminarum: possunt et amici parentum, educatores ipsorum puerorum hoc petere. D. l. 2. princ. ff. hoc tit.*

(2) *Argum. d. l. 2. §. Si quidem aliquis 3. ff. hoc tit.*

§. 1571.

Eorum, qui tutores petere tenentur, duplex est ordo: alii nempe, non ex officio a lege imposito, sed propria ipsorum utilitate impellente petunt: alii ex legis imperio ob solum pupillorum commodum (1).

(1) *Alii igitur voluntate petunt tutores: sunt autem quidam, quibus est necesse, petere tutores: puta mater, et liberti; ex his enim illa damnum patitur; hi autem et puniuntur, si non petierint eos, qui ex legibus defensores sunt. D. l. 2. §. 1. ff. hoc tit.*

§. 1572.

Propria impellente utilitate tutores petunt legatarii, creditores, et quicumque alii actionem, vel persecutionem habent contra pupillum, ut aliquis sit, qui eum in judicio tueatur. Verum isti non statim petere tutores, debent, sed rogare primum eos, ad quos petendi tutores facultas a legibus data est: atque, si neglexerint hi; tum demum ipsi judicem adhibunt, atque ab eo postulabunt, ut legitimum defensorem pupillo constituat (1).

(1) *Si quidem aliquis, vel foenerator, vel legatarius, vel alius necessariam habeat adversus pupillum persecutionem, ipse quidem non petet tutorem pupillo, sed eos, qui possunt petere, rogabit, petere: vel, si hi neglexerint, tunc accedens ad Praesi-*

dem hoc ipsum dicet, ut, constituto more legitimo, ea adversus pupillum moveatur persecutio. L. 2. §. 3. ff. hoc tit. Inst. l. 1. tit. 20. ff. l. 26. tit. 6. Cod. l. 5. tit. 31.

§. 1573.

Ex legis imperio ob pupillorum utilitatem tutores petere tenetur mater, quae nolit, vel ob transitum ad secundas nuptias non possit, filiorum suorum tutrix esse (1): matri autem non tantum legitimis liberis suis, sed et naturalibus tutoris petendi necessitas a legibus imposita est; quippe et eorum educationi, et utilitati prospicere debet (2). Deficiente matre, hoc onus ad aviam transit (3). Jure demum novissimo huic oneri subjiciuntur agnati omnes, et cognati, qui proxime ad successionem impuberis vocantur (4).

(1) *D. l. 2. §. 1., et §. 2. ff. hoc tit.*

(2) *Matres naturalibus etiam filiis .... petendorum tutorum necessitati subjaceant. L. ult. cod. hoc tit.*

(3) *Quid si nepotibus? Similiter non petendo, punitur. L. Sive ingenua sit 2. §. Filiis autem 28. ff. ad S. C. Tertyll.* (38. 17.)

(4) *L. Sciant 10. cod. De legit. hered.* (6. 58.)

§. 1574.

Primo ergo loco curare debet mater, ut liberis suis utriusque sexus tutor a judice constituatur; et quidem idoneus ad pupillum tuendum. Quare munere suo functa non judicabitur, si eum petierit, qui ex justa caussa, legibus probata, ab hoc onere suscipiendo se excuset, aut ad illud assumi jura prohibeant: nisi, excusatis, et remotis his, idoneos alios in eorum locum substitui curaverit, quamvis non ex dolo, sed ex imperitia eos judici nominaverit, qui tutores esse nolunt, vel non admittuntur (1). Sane, quod de matre hic dictum est, ad aviam, et consanguineos protrahendum esse, dubitare non sinunt jura (2), et ratio legis, quae pupillorum utilitati prospicere voluit.

(1) *Et non solum, si non petierit, sed et, si puritatis gratia* (seu dicis caussa) *petierit eum, qui dimitti poterat; deinde dimisso eo, vel abjecto, alium non petierit rursum. D. l. Si minores 2. §. 1. ff. hoc tit., d. l. 2. §. Sed et si 38. ff. ad S. C. Tertyll* (38. 17.)

(2) *D. l. 2. §. 1. ff. hoc tit. Quin etiam mater et consanguinei curare debent, ut datus tutor inventarium conficiat, et actu administret; alioquin legis poenam non effugient. L. ult. §. Personis etiam 2. cod. De administrat. tutor* (5. 37)

§. 1575.

Hinc etiam sequitur, ad matris officium pertinere, ut cum a competente judice tutorem confirmari curet, qui minus recte patris testamento, vel codicillis datus fuerit (1); quippe hic, deficiente confirmatione, legitimus defensor pupilli esse non potest.

(1) *L. ult. princ. ff. hoc tit.*

§. 1576.

Quod ad tempus pertinet, quo tutoris petendi impuberibus necessitas incumbat, confestim hoc munus adimplendum esse, rescripsit Imperator Severus (1). Confestim autem interpretatur Ulpianus, ubi primum mater potuit, idest judicis copiam habuit; ne interim in damno haereat pupillus, ejusque bona pereant, aut deteriora fiant: nisi tamen aliqua justa caussa, puta infirmitate impediatur, quominus ipsa petat, et insuper, ne procuratorem constituat, qui ejus nomine judicem adeat ad petendum tutorem: quo tamen casu annale tempus nullatenus excedendum tradit (2).

(1) *D. l. 2. §. Quae autem. 2. ff. hoc tit.*

(2) *Confestim autem sic erit accipiendum, ubi primum potuit, id est Praetoris copiam habuit huic rei sedentis: nisi forte infirmitate impedita est, vel alia magna caussa, quae etiam, mandare eam ad petendos tutores, impediret: ita tamen, ut nullo modo annale tempus excederet. D. l. Sive ingenua sit 2. §. Confestim 43. ff. ad Sen. Cons. Tertyll.* (38. 17.)

Inst. l. 1. tit. 20. ff. l. 26. tit. 6. Cod. l. 5. tit. 31.

§. 1577.

Quas modo attulimus leges de matre tantum loquuntur, unus est juris locus, ubi de iis omnibus mentio fieri videtur, qni ex legum sanctione tutores petere debent, futurum alioquin, ut impuberis successione priventur: scilicet Imperatores Theodosius, et Valentinianus Florentino praefecto praetorio rescribentes statuunt, ut ii omnes, qui ad pupilli successionem vocantur, sive ab intestato, sive jure substitutionis, hereditate priventur, nisi intra annum tutorem petierint (1).

(1) *Sciant, qui ad successionem vocantur pupilli mortui, si, defuncto ejus patre, tutorem ei secundum legem non pertierint intra annum, omnem eis, sive ab intestato, sive jure substitutionis, successionem ejus, si impubes moritur, denegandam esse. L. Sciant* 10. *cod. De legit. hered.* (6. 58.)

§. 1578.

Hinc acriter disputant interpretes, et in diversas abeunt sententias in hac, de tempore tutoris petendi, quaestione. Plerique putant, abrogato veteri jure, ex quo mater confestim jubebatur, tutorem petere (1), eique annale tantum tempus concessum erat, cum ex gravi caussa impediretur, ne peteret ipsa, et simul, ne per procuratorem petere posset (2), matri nunc indistincte unius anni spatium tribui ad tutores petendos, itaut poenam legis evitet, nec successione privetur: dummodo postremo anni die, impuberibus filiis suis tutorem dari, curaverit (3).

(1) *D.* 2. §. 2. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l. Sive ingenua* 2. §. *Confestim* 43. *ff. ad S. C. Tertyll.* (38. 17.)

(3) *Zoesius cod. hoc tit. in annot.*

§. 1579.

Aliis placet, Imperatorum rescriptum (1) ad cognatos, et agnatos tantum pertinere, non ad matrem, aut aviam, de quibus nulla ibi mentio fit: atque hoc nituntur fundamento; quod longe gravius sit matris, aut aviae obligatio, et potior debeat esse sollicitudo, ut impuberum liberorum, vel nepotum utilitati prospiciatur, quam consanguineorum, quos non aeque adstringit personae conjunctio, et affectio. Atque hinc colligunt, matrem in poenam legis adhuc incurrere, si confestim, ut potuit, tutorem non petierit; agnatos vero successione non privari, nisi anni spatium elabi permiserint, priusquam tutorem impuberi constitui, curaverint.

(1) *In d. l.* 10. *cod. De legit. hered.* (6. 58.)

§. 1580.

Neque a jure alienum est, inquiunt, facilius privari matrem successione pupilli, quam consanguineos; tum quia gravior in ipsa est dilationis culpa (§. 1578.); tum quia potius instar beneficii, atque in solatium liberorum amissorum concessa est posterioribus legibus matri luctuosa filiorum hereditas, unde per legem xii. tabularum excludebatur; ad quam tamen eadem lege agnati proxime vocabantur (1).

(1) *Princ.*, *et* §. 1. *inst. de Sen. Cons. Tertyll.* (3. 3.)

§. 1581.

Verum neque inter hos, qui matrem ab agnatis distinguunt, quod ad tempus pertinet petendi tutoris, convenit, a quo die anni spatium currere incipiat. Alii siquidem a die, quo mortuus fuerit pupilli pater, initium sumere putant in agnatis, sicuti et in matre incipere, fatentur omnes (1). Aliis placet, annum ab eo die computandum esse, quo mater neglexerit. Qui autem matri etiam annale tempus concedunt a viri morte, arbitrantur, tempus consanguineis currere a fine anni, intra quem vidua petere debuisset (2).

(1) *Ex d. l. Sciant* 10. *cod. De legitim. heredib.*

(2) *Brunnem. ad d. l.* 10. *cod. De legitim. heredib.*, *Heinec. in pandect. hoc tit.* §. 321.

Inst. l. 1. tit. 20. ff. l. 26. tit. 6. Cod l. 5. tit 31.

§. 1582.

Antequam perpendamus, quaenam ex his sententiis legum sanctioni, et aequitati magis consona sit, certa ab incertis secernere, oportet. Atque in primis animadvertendum est, quod de tempore petendi tutoris quaeritur, ad eam speciem non pertinere, qua mater tutrix ad secundas convolaverit nuptias; leges siquidem eam omni successione, sive intestata, sive jure substitutionis, privandam decernunt, si prius tutorem impuberibus filiis constitui non fecerit, rationes reddiderit, et reliqua solverit, sicut et legatis a viro relictis (§. 1253. et seqq.): retento tantum legitimae usufructu (§. 1258.): nisi fest.nandarum nuptiarum licentiam a Principe impetraverit (§. 1256. et seqq.): vel singularia adjuncta suadeant, extra legis poenam matrem esse debere, quae immunis a culpa videatur (§. 1259.), aut ipsa minorenuis sit (§. 1260.).

§. 1583.

Consentiunt etiam omnes, matrem pupilli nomine a creditore hereditario conventam, si se tutricem neget, atque tutelam recuset, condemnari posse, ut intra breve tempus, arbitrio judicis statuendum, tutorem petat (1); ne alioquin, ex affectata ejus dilatione in postulando tutore, damnum sentiat pupilli creditor.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 5. *tit.* 18. *def.* 2

§. 1584.

Hisce praehabitis, quod ad primam quaestionem pertinet (a qua maxima ex parte pendet alterius definitio), an matri sufficiat ad evadendam legis poenam, si intra annum tutorem petat, quamquam ambigua valde quaestio est, tum inspecto Romano jure, tum si rationes attendantur, quae hinc inde afferri possunt: probabilius tamen defendi potest, matrem adhuc jure novo adstringi, ut confestim tutorem petat; futurum alioquin, ut successione privetur impuberis filii; magis enim consentanea videtur sententia haec, tum legibus, tum genuinae sententiae legum.

§. 1585.

In primis leges omnes diligentem matris curam, quae tutricis munus gerere nolit, commendant: confestim a matre petendum tutorem, statuit Severus Imperator (1); confestim interpretatur Ulpianus, statim ac praetoris ad hoc designati copiam habeat, nisi gravi caussa excusetur; quo casu anni spatium ipsi indulgetur, non longius (2); quia verosimile non sit, longiori temporis intervallo impedimentum esse permansurum. Sedulum a matre officium exigi tradunt Diocletianus, et Maximianus in petendo tutore (3). Profecto sedulum officium non exhibet mater liberis suis, sed negligens, quae per integrum anni spatium sine legitimo defensore illos patiatur.

(1) *D. l.* 2. §. 2. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l. Sive ingenua* 2. §. *Confestim* 43. *ff. ad Sen. Cons. Tertyll.* (38. 17.)

(3) *Cum a matribus sedulum petendi tutoris officium exigatur. L. Cum a matribus* 8 *cod. hoc tit.*

§. 1586.

Non legibus tantum, sed et rationi consentanea est sententia haec; ideo enim legislatores huic oneri subjecerunt matrem; eamque, si officium suum non adimpleat, impuberum filiorum successione privandam decreverunt; quia gravissimum dilapidationis bonorum discrimen pupillis imminet, si nullus sit tutor, qui eorum curam gerat, et bona administret. Sed, quo fundamento dicetur, priore a morte patris anno nullum impendere pupillis damnum, itaut solliciti esse non debuerint legislatores, ut interim pupillis tutor constituatur?

§. 1587.

Qui contra sentiunt, liberos intra annum luctus sub matris custodia esse affirmant (1). Sed nec in veteri, nec in novo jure ullus est textus, unde hoc probari possit: quin contrarium omnino eruitur ex Severi rescripto, et Ulpiani responso, juxta quos

Inst. l. 1. tit. 20. ff. l. 26 tit. 6. Cod. l. 5. tit. 31.

confestim, idest statim ac copiam judicis mater habet, tutorem petere debet. (§. 1585.)

(1) *Quo pertinere putant illud Horatii epist. 1. Ut piger annus pupillis, quos dura premit custodia matris.*

§. 1588.

Neque huc referri potest, quod Theodosius, et Valentinianus constituerunt, eos omnes, qui ad successionem pupilli vocantur, in poenam legis non incidere, dummodo intra annum tutorem petant (1); tum quia de matre mentionem non facientes, vetus jus in ipsa adhuc vigere, satis indicant; tum quia aequitas suadet, longius tempus consanguineis indulgendum esse, quibus prior in hoc munere adimplendo debet esse mater: atque facile contingere potest, ut parentis mortem consanguinei ignorent, vel saltem matris negligentiam in petendo tutore.

(1) *D. l. Sciant* 10. *cod. De legit. hered.* (6. 58.)

§. 1589.

Nec majoris est ponderis argumentum, quo utuntur; ajunt siquidem, benigniorem favore matris interpretationem faciendam esse, ut a poena eximatur; licet enim receptissimum axioma sit, poenas potius interpretatione emolliendas esse, ita tamen intelligi debet hoc effatum, ut benignior interpretatio tunc tantum locum habeat, cum jus non resistit, nec juris, et aequitatis ratio, quemadmodum in hac quaestione contingit, ubi apertissima est priorum legum sententia, nec ulla posterior sanctio affertur, quae priores abrogaverit; quia leges speciales per posteriorem generalem non tolluntur, nisi praegnantia admodum sint, ut loquuntur interpretes, posterioris legis verba. (§. 127.)

§. 1590.

Resistit ergo benigniori huic interpretationi sanctio legis. Sed resistit et aequitas; neque enim favere possumus matri, quae tutoris petitionem distulerit, quin pupillis noceamus. Sane, si semel matribus anni spatium concedatur petendo tutori, quamvis nullam habeat legitimam protrahendi rationem, frequentius continget, ut gravissimum dispendium insontes pupilli patiantur.

§. 1591.

Ex his concludamus, matri onus incumbere, ut confestim tutelam ipsa suscipiat impuberum filiorum: vel, si tutelam administrare nolit, quamprimum curet, ut idoneus tutor eis constituatur: neque anni tempus indistincte ipsi competere, sed in eo tantum casu, quo justa eam excuset caussa. Atque judicis prudenti arbitrio perpensis singulis adjunctis definiendum erit, utrum dilatio matris in petendo tutore intra annum culpae ita adscribenda sit, ut coercitioni legum subjici debeat; cum enim anni spatium ex gravi, et necessaria caussa leges matri concedant (1), satis innuunt, longiorem, vel breviorem moram, quae intra annum consistat, posse a judice, prout res inciderit, indulgeri (2).

(1) *D. l. Sive ingenua* 2. §. *Confestim* 43. *ff. ad Sen. Cons. Tertyll.* (38. 17.)

(2) *Fab. d. def.* 2. *cod. hoc tit. lib.* 5. *tit.* 18.

§. 1592.

Hinc facile resolvi potest altera quaestio, quandonam currere incipiat anni spatium, quod consanguineis datur ad tutorem petendum impuberi, ad cujus successionem proxime vocantur: neque enim post annum a morte patris incipiet, prout aliquibus videtur, quibus placuit matri idem tempus concedi, in cujus defectum agnatos dumtaxat teneri existimant: quorum sententiam falso inniti fundamento modo demonstravimus; et cuique facile elucescet, qui perpenderit, ex hac opinione non raro futurum, ut pupillus per integrum biennium tutorem cariturus sit, non sine gravi damno; quin aliquod discrimen immineat matri, et agnatis, ad quorum curam specialiter pertinere leges voluerunt, ne pupillus indefensus sit: quod sane a germana legum sententia longe alienum est, quae ubique sollicitae conspiciuntur de pupillorum indemnitate, et utilitate (§. 1585.).

§. 1593.

Inst. l. 1. tit. 20. ff. l. 26. tit. 6. Cod. l. 5. tit. 31.

Hinc, ne ab eo quidem tempore computandum arbitramur anni spatium, quo neglexerit mater, munus suum exequi; tum quia hic obtinent rationes, quas modo attulimus, quae aliud suadent, ut pupillo prospiciatur; tum quia Imperatores non obscure innunt, ab eo die annum currere consanguineis, quo defunctus fuerit impuberis pater, cum intra annum, defuncto patre pupilli, petendum esse tutorem volunt (1).

(1) *Si defuncto ejus patre tutorem ei secundum legem non petierint intra annum. D. l. Sciant* 10. *cod. De legit. heredib.* (6. 58.)

§. 1594.

Consanguineis ergo anni spatium indistincte concessum esse a legibus, defendimus, quod a morte patris currere incipiat, ut poenam legis evitent (1): matri autem nonnisi ex gravissima caussa, qua impediatur tum per se, tum per procuratorem, liberis suis tutorem petere, tale tempus superesse, atque ita legum verba cum aequitate conciliamus. Sane longius tempus consanguineis ad petendum tutorem indulgendum fuit; tum quia non aeque arcta sanguinis conjunctione premuntur, quemadmodum mater; tum quia facile ignorare possunt, an pupillus, ad cujus vocantur successionem, in ea sit conditione, ut tutore indigeat: quod in matre contingere regulariter non potest.

(1) *Haec quidem veritati consentanea videntur, stricto jure inspecto: attenta tamen aequitate illa, quae poenas interpretatione coercet, quantum fieri posse videtur, et inspectis hodierni fori moribus, putant aliqui, sequenti in gradu non currere annum expirato primo anno respectu primi, qui eum gradu praecedit; sed tantum currere proximiore mortuo.*

§. 1595.

Quod de onere petendi tutoris dicimus, ad curatorem non extenditur, quem minores ipsi possunt sibi petere, si ejus auxilio indigeant (1): vel per se ipsos, vel etiam per procuratorem (2). Quin, cum minoribus invitis curator non detur (3), merito scripsit Ulpianus, ne alteri quidem licere, ut minori petat curatorem, itant mater, quae petit curatorem, periculum administrationis teneat, si forte per judicis errorem, aut Principis rescriptum admissus fuerit (4). Exceptio tamen est, cum pupillo puberi facto reddenda est ab eo, qui tutor fuit, administrationis ratio: quo casu, si pubes negligat, sibi petere curatorem, ad preces tutoris judex curatorem constituet, qui in redditione rationum minorem tueatur (5).

(1) *L. Matris pietas 6. cod. hoc tit.*
(2) *L. Si minores* 2. *§. Haec quidem* 4. *ff. hoc tit.*
(3) *§. Item inviti* 2. *inst. de curatoribus.* (1. 23.)
(4) *D. l.* 2. *§.* 5. *ff. hoc tit.*
(5) *L. Admone eam* 7. *cod. hoc tit.*

§. 1596.

Haec, ut patet, de curatore minoris intelligenda sunt. Sane enim, si mater curatorem impuberibus liberis non petat in iis casibus, quibus curatoris opera indigeant, puta si tanquam suspectus accusatus fuerit tutor, vel excusari desideret, vel repentina lis inter pupillum, et tutorem orta sit, in legis sententiam incidere, respondit Ulpianus (1): quemadmodum etiam, si filio furioso, aut captivo, vel bonis ejus, quem in utero gestat, curatorem dari, non curaverit (2), in his enim speciebus, cum ii, quibus curatoris opera necessaria est, eum sibi petere nequeant, matris sollicitudo exigitur: atque hoc ex identitate rationis etiam ad consanguineos est protrahendum, quos successionis spes allicere debet.

(1) *L. Sive ingenua sit* 2. *§. Quid si curatores* 29. *ff. ad Sen. Cons. Tertylliano.* (38. 17.)
(2) *D. l.* 2. *§. Quid si praegnans* 30. *et seqq.*

Inst. l. 1. tit. 20 ff. l. 26. tit. 6. Cod. l. 5 tit. 31.

§. 1597.

Verum non idem imminet onus, nec legis poena, si mater neglexerit, tutorem jam constitutum suspectum facere, ut a tutela removeretur; quia ejusmodi facta aestimare, et dijudicare, virilis animi est, et facile potest mater, delicta ignorare (1). Atque haec postrema ratio etiam consanguineis favet, ut a suspecto postulando tutore excusentur.

(1) *L. ult. §. ult. ff. hoc tit.*

§. 1598.

Mater, quae tutores impuberibus filiis non petierit, sicut jam innuimus, in desidiae poenam eorum intestata successione privatur (1). Consanguinei autem, proxime ad successionem vocati, qui huic muneri defuerint, non tantum successione intestata, sed et ea, quae jure substitutionis ad ipsos perventura esset, privandos decretum est (2). Hic tamen singulari jure receptum fuit, ut legitima hereditas ab iis, tamquam ab indignis ablata, non cedat fisco, sed exclusa matre ad agnatos perveniat (3): et consequenter agnatis, vel cognatis proximis exclusis iis, acquiratur, qui proximum post hos in successione locum habent.

(1) *Si mater non petierit tutores idoneos filiis suis, vel prioribus excusatis, rejectisve non confestim aliorum nomina ediderit, jus non habet vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum. d. L. 2. §. Si mater 23. ff. ad Sen. Cons. Tertyll. L. 2. §. Quae autem 2. ff. hoc tit. Hic agimus de matre, quae ad secundas nuptias non transeat, post susceptam liberorum tutelam: tutrix enim binuba gravius punitur. V. tit. 9. cap. 6 sect. 3. art. 4 §. 1247. et seq.*

(2) *Sciant hi, qui ad successionem vocantur pupilli mortui, si defuncto ejus patre, tutorem ei secundum legem non petierint intra annum, omnem eis, sive ab intestato, sive jure substitutionis successionem ejus, si impubes moritur, denegandam esse. L. Sciant 10. cod. De legit. hered.* (6. 58.)

(3) *L. Sive ingenua 2. §. ult. ff. ad. S. C. Tertyl.* (38. 17.). *Atque idem jus servatur, cum mater binuba ab hereditate filii impuberis excluditur, quia, ejusdem tutelam gerens, secundo se viro junxerit, non petito prius tutore, non redditis rationibus, nec reliquis persolutis. Quare admittetur filius secundarum nuptiarum jure proprio, si defunctus nullos fratres germanos reliquerit. Novell 118. cap. Si igitur 3. Atque hic successionem accipiet, quamvis tempore mortis pupilli conceptus, tantum fuisset; ut enim alibi demonstravimus, natus reputatur, cum de ipsius commodo agitur. §. 440. et sequ.*

§. 1599.

Quaerunt hic interpretes, an mater negligens integra privetur successione, an saltem legitima ei salva sit. Plures, eam legitima privandam, putant: quia leges generaliter, et indistincte loquuntur (1). Alii legitimam ei relinquendam existimant commiserationis ratione, in solatium liberorum amissorum; atque matris culpam satis coercitam existimant, si integra filii successione privetur, quam alioquin habuisset.

(1) *D. l. 2. §. 2. ff. hoc tit., d. l. 2. §. Si mater 23. ff. ad S. C. Tertyll.*

§. 1600.

Sane, cum hodie fere apud omnes gentes obtinuerit, ut hujusmodi poenae, quae non in reipublicae laesae satisfactionem, sed potius ob commodum privatorum a legibus imponuntur, quantum fieri potest, emolliantur, non sine fundamento defendi potest, legitimam in hac specie adhuc matri deberi; sicut deberi diximus ei, quae, cum filiorum suorum tutrix esset, ad secundas nuptias, neque petito tutore, neque redditis rationibus, neque reliquis persolutis, convolavit. (§. 1258.)

§. 1601.

Antequam ab hoc argumento ad alia progrediamur, plures supersunt casus expendendi, de quibus dubitari potest, an legum sanctione comprehendantur. Atque in primis

nemini quidem dubium est, quin mater (idem de consanguineis affirmandum ex identitate rationis) ad legitimam filii hereditatem admittatur, si ipse pubes factus decesserit (1); ex quo enim matrem, vel consanguineos testamento condito ab hereditate, quam sciebat, vel scire praesumebatur, ad eos perventuram, non repellit, tacite vocare videtur (2), atque injuriam sibi illatam remittere.

Inst. l. 1. tit. 20. ff. l. 26. tit. 6. Cod. l. 5. tit. 31.

(1) *D. l. Sciant* 10. *cod. De legit. heredit.* (6. 58.), *l. Matres* 3. *cod. ad Senat. Cons. Tertyll.* (6. 56.)

(2) *L.* 1. §. *Sciendum* 6. *ff. de legat.* 3 (32. 1.), *l. Conficiuntur* 8. §. 1. *ff. de jure codicillorum* (29. 7.)

§. 1602.

Sed non inepte quaeritur, utrum idem jus vigeat, cum filius pubes quidem decedit, sed in eo mentis statu, quo testamentum condere non potuerit; atque ideo nulla remissionis injuriae capi possit conjectura ex eo, quod testamento condito matrem, vel consanguineos ab hereditate non repulerit. Legum sanctionem in hac specie locum non habituram suadere, videntur ipsarum legum verba, quae poenam non petiti tutoris indistincte coercent ad eum casum, quo impubes in pupillari aetate decesserit (1); ex quo sequi videtur, cessare poenam adveniente pubertate, quin intersit, an sanae mentis, necne mortuus fuerit filius.

(1) *Si impubes moritur. D. l. Sciant* 10. *cod. De legit. heredib.*, *d. l.* 3. *cod. Ad Sen. Cons. Tertyll.*

§. 1603.

Addi potest, hic agi de lege poenali, adeoque odiosa, et intra proprios terminos coarctanda, nec ultra extendenda, quamvis ratio ita postulare videatur: maxime in hac specie, ubi lex sanctionis hujusmodi nullam affert rationem, quae potius ab interpretibus fingitur; cum indefinite poenam cessare statuatur.

§. 1604.

Verum, hisce non obstantibus, contrariam opinionem plures non infimae notae auctores tuentur; utpote magis consonam legibus, quae in hac materia latae sunt, tum et generalibus juris principiis.

§. 1605.

Ut, quae sit genuina legum sententia, dignosci possit, simul conferendae sunt, quotquot hoc argumentum pertractant. Negari sane non potest, quin posteriores leges, quae a Constantino ad Justinianum latae sunt, non aliter matrem, vel consanguineos a successione impuberis, cui petere tutorem neglexerint, repellant, praeterquam si ipse impubes decesserit, itaut adveniente pubertate cesset hujusmodi poena (1). Sed, si priores leges attendantur, de quarum abrogatione posteriores non loquuntur, apertissime constabit, matrem indistincte a successione excludi, quae, tutorem impuberi filio petere, neglexit (2).

(1) *Primum mentio fit hujus conditionis in d. l.* 3. *cod. Ad Sen. Cons. Tertyll., quae Constantinum habet auctorem: deinde in d. l.* 10. *cod. De legit. heredib, quae ab Imperatoribus Theodosio, et Valentiniano lata perhibetur. Demum et jus meminit Justinianus in* §. *Sed quemadmodum* 6. *inst. de Senat. Cons. Tertyll* (3. 3.)

(2) *D. l.* 2. §. 2. *ff. hoc tit.*, *d. l. Sive ingenua sit* 2. §. *Si mater* 23. *ff. ad Sen. Cons. Tertyll.* (38. 17.)

§. 1606.

Hinc inferunt, non quidem adhuc vigere severitatem veteris juris, quo mater negligens in omni casu a successione repellebatur; sed posteriore jure non tam abrogatum prius, quam explicatum, et ad aequitatis normam accommodatum: explicatum, inquam, non ad arbitrium, sed ex jamdiu receptis in jure regulis, juxta quas defunctus tacite bona sua iis relinquere censetur, qui ad ea ab intestato vocantur, cum testamentum non

Inst. l. 2. tit. 20. ff. l. 26. tit 6. Cod. l. 5. tit. 31.

condit, quo eos repellat, quemadmodum ipsi licuisset. Unde concludendum censuerunt jureconsulti, legata, et fideicommissa etiam ab heredibus legitimis relinqui posse; quamvis testamento scripti heredes non fuerint (1). Atque hinc ulterius inferunt, non alia ratione posterioribus legislatoribus placuisse, matrem, ut et consanguineos ad legitimam hereditatem hujus intestati admittere, quam ex praesumpta ipsius voluntate, qui eos vocare intelligitur, cum non repellit: quae praesumptio cessat, cum filius mentis impos moritur.

(1) *D. l.* 1. §. 6. *ff. de legat.* 3. (32. 1.), *l* 8. §. 1. *ff. de jure codicillorum.* (29. 7.)

§. 1607.

Sed regerunt contra sentientes: ratio haec gratis confingitur, nec enim in legibus ejus mentio fit. Infirma sane responsio, et ratiocinandi methodus. Ergone in eorum numerum adscribi patiemur, qui, dum juris scientiam profitentur, idest rerum cognitionem per caussas, malunt tamen verbis legum, tamquam glebae, adhaerere, quam legumlatorum sententiae: quique satius errandum putant, dummodo nuda habeant pro se legum verba, quam rationis naturalis ope ad veritatis notitiam pervenire? Ex his duobus alterum fateri debent, qui contrariam tuentur sententiam: aut temere prorsus posterioribus sanctionibus antiquum jus fuisse immutatum; neque enim pubertatis adventus in liberis sufficiens ratio est, cur statuta ob legitimam, et justam caussam poena ipso jure cessare debeat: aut aliam fuisse hujus severitatis emendandae caussam, quam, quae ab omnibus, et merito solet afferri. Congruentiorem ergo subjiciant, quae ipsis faveat, et eorum sententiam libenti animo amplectemur.

§. 1608.

Verum adhuc instant. Esto, inquiunt, haec fuerit legis emendandae caussa; hic agitur de lege poenali: leges autem poenales ex identitate rationis, nec jus, nec aequitas, extendi, patiuntur: imo utrumque suadet, ut ad benignitatem, quantum fieri potest, flectantur (1).

(1) *L. Interpretatione* 42. *ff. de poenis* (48. 19.), *l. Factum* 155. §. *In poenalibus* 2. *ff. de reg. jur.*

§. 1609

Non diffitemur, leges poenales plerumque extensionem refugere, nec ultra earum verba produci. Sed, si casus a lege non definiti eadem ratio sit, supra demonstravimus, has etiam leges de casu ad casum protrahi (§. 99. D.), ut legum sententiae potius obsequamur, quam verbis (1); maxime quia futurum erit, ut in pluribus casibus deficiat jus, si ex eodem fundamento non liceat, judicibus argumentari. Atque idcirco Justinianus constituit, ut, si quid novi praeter id, quod ordinatum est, emerserit, Magistratus definiant secundum regulas in aliis casibus praestitutas (2). Quod in hac specie facilius obtinere debet, ubi id non agitur, ut reo damnum aliquod in membris, vel propriis bonis inferatur; sed tantum, ut legis beneficio, quae illum ad successionem vocavit, ejusdem legis sanctione excidat (3).

(1) *Verbum ex legibus sic accipiendum est, tam ex legum sententia, quam ex verbis. L. Nominis, et rei* 6. §. 1. §. *de verb. significat.*

(2) *L. Dedit nobis Deus* 3. §. *Si vero postea* 18. *cod. de veteri jure enucleando.* (1. 17.)

(3) *Agnati quidem ex lege XII. Tabularum ad successionem vocantur: matri vero posterioribus tantum temporibus, ex commiseratione, filiorum hereditas data est. Tot. tit. inst. de Senat. Cons. Tertyll.* (3. 3.)

§. 1610.

Addimus, hic proprie non agi de legis poenalis extensione, sed potius de legis, vetera jura corrigentis, et poenam ab iis praestitutam restringentis, interpretatione. Nempe

leges veteres matrem ob non petitum tutorem a liberorum successione repellebant, nulla adhibita distinctione, utrum impuberes, an puberes decederent (1). Quin, et de puberibus agere, satis indicat Severus Imperator, cum matrem ab hereditate filii intestati excludit (2); nam proprie intestatus ille tantum dicitur, qui testamentum non condidit, quod condere potuisset (3). Posteriores Imperatorum leges exceptionem tradiderunt in ea specie, qua filius pubes decedat. Hinc quaeritur, utrum exceptio haec vires exerere debeat, quotiescumque intestatus post pubertatem filius moritur; an tunc tantum, cum ad pubertatem sanae mentis pervenit, itaut illatam injuriam remittere, vel expresse, vel tacite possit, quo mater poenam legis effugiat. Postremum defendimus ex legis sententia, et ne eo adducamur, ut affirmemus, placuisse legislatoribus, solo aetatis pupillaris lapsu, sine poenitentia, et remissione injuriam, et poenam aboleri. Jure ergo diximus, hic non agi de legis poenalis extensione, sed de interpretatione novae legis, quae veterem poenam coercuit.

Inst. l. 1. tit. 20. ff. l. 26. tit. 6. Cod. l. 5. tit. 31.

(1) *Mater enim expellitur a legitima filii hereditate, quasi existens indigna accipere hereditatem legitimam, negligens ei constitui tutorem. D. l. Si minores* 2. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *Jus non habet vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum. ff. l.* 2. §. *Si mater* 23. (38. 17.)

(3) *Intestati proprie appellantur, qui, cum possent testamentum facere, testati non sunt. L.* 1. *ff. de suis, et legit. heredib.* (38 16)

§. 1611.

Neque reponatur, eandem aequitatem quae suadet, ut poenalis lex intra angustos verborum fines coerceatur, pariter exposcere, ut lex, quae poenam tollit, quantum fieri potest. protrahatur: maxime cum favent generalia ejus verba, quemadmodum in proposita quaestione, qua generaliter constituitur matrem admitti ad successionem filii, qui pubes moritur, quamvis neglexerit impuberi tutorem petere; nam longe difficilius abrogatur jam legitime, et sapienter constituta lex, etiamsi poenam contineat, quam producatur nova extra rationis limites, quibus innixa est, quamvis ita suadere videantur ejus verba.

§. 1612.

Sed concedamus, hic agi de legis poenalis extensione: qui ex identitate rationis eam producendam asserit, ducem habet Ulpianum, qui in pluribus aliis caussis, in quibus minus forte assistit ratio legis, eam tamen protraxit. Severi constitutio. quam jureconsultus interpretatur, de matre tantum loquitur, quae tutores idoneos non petierit, vel excusatis, aut remotis iis, quos petierat, non confestim aliorum nomina ediderit (1); ejus tamen vi matrem teneri docet, quae a libertis, vel cognatis compulsa petierit (2): tum et illam, quae ab aliis, dum frustraretur idest ex negligentia differret, praeventa est (3): deinde matrem quoque, quae curatores impuberibus, quamvis lex de tutoribus tantum loquatur, aut bonis, cum praegnans esset, aut furioso dari non curaverit (4). Praeterea, ad eam matrem sententiam legis extendi, tradit, quae in locum tutoris excusati, vel rejecti, aut defuncti, cum plures petiisset, aliorum nomina non ediderit (5). Quin, et matrem legis poenae subjacere, affirmat, quae tutores non compulerit, ut se miscerent tutelae; quia plenum officium ab ea desideretur (6). Demum Imperatoris constitutio de filiis tantum loquitur, ipse autem ad nepotes ejus sententiam producit (7). Sane recta legum interpretatio, quae veteribus jureconsultis permissa erat, judicibus non est hodie deneganda (§. 29. et seqq. D.).

(1) *Si mater non petierit tutores idoneos filiis suis, vel prioribus excusatis, rejectisve non confestim aliorum nomina ediderit, jus non habet vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum. D. l. Sive ingenua sit* 2. §. 23. *ff. ad S. C. Tertyll.* (38 17.)

Inst. l. 1. tit. 20. ff. l. 26. tit. 6. Cod. l. 5. tit. 31.

(2) *D. l.* 2. §. *Quid ergo* 24.
(3) *D. l.* 2 §. *Sed si forte* 27.
(4) *D. l.* 2. §. *Quid, si* 29. 30. *et* 31.
(5) *D. l.* 2. §. *Quid ergo* 39. *et* 40.
(6) *D. l.* 2. §. *Quid, si* 42.
(7) *D. l.* 2. §. *Filiis autem* 28.

§. 1613.

Enumeravimus species, quibus legis poena ex ejusdem sententia locum habeat, quamvis desint verba. Plures etiam sunt, quibus cessat ex eadem caussa, quamvis verba illam inducere videantur. Et primo quidem excusatur mater, quae tutores non petierit filio egeno (1); cum inutilis sit in hac specie tutoris constitutio, modo ipsa, ut supponitur, educationis curam gerat: ex quo recte infert jureconsultus, a culpa vacuam esse matrem, quae heres instituta sit cum onere restituendi hereditatem filio puberi facto (si tamen matri satisdatio remissa fuerit), quamvis tutores non petierit (2). Idem dicendum, si pupillus, aere alieno gravata hereditate, solvendo non sit, itaut potius ei expediat, indefensum sine tutore esse, ut minus inquietetur a creditoribus (3).

(1) *Quod si penitus egenis filiis non petit, ignoscendum est ei. D. l.* 2. §. 26. *ff. ad S. C. Tertyll.*
(2) *D. l.* 2. §. *Etsi forte* 46.
(3) *D. l.* 2. §. *Ergo etiam* 45. *ff. ad S. C. Tertyll.*

§. 1614.

Si amplum legatum pupillo relinquatur sub ea conditione, si tutores non habuerit, distinguendum tradit Ulpianus, an pinguius sit emolumentum, quod ex legato filius habiturus est, quam grave impendat damnum ex tutoris defectu; an potius contra: *itaut* in postremo casu non effugiat poenam mater, quae tutores non petiit; immunis ab ea sit in alterò, quia pupilli utilitati consuluit potius ex legum mente, quam verbis: quin ei imputari possit, cur non petierit curatores, aut, conditionem hanc legato adscriptam, non postulaverit, a Principe remitti (1); neque enim aequitas patitur, ut gravia haec onera matri temere imponantur.

(1) *D. l.* 2. §. *Tractari* 44. *ff. S. C. Tertyll.*

§. 1615.

Verum non ita extra legis poenam erit mater, quae a patre prohibita sit, tutores petere, qui desideraverat, ut ipsa tutelae onus susciperet: si nec hoc munere functa est, nec alium curavit designari tutorem (1); tum quia non indistincte praesumitur pater, tutoris petitionem matri prohibuisse; sed ea lege, ut ipsa hoc onus susciperet; tum quia, etiamsi haec patris mens fingeretur, ut pupillus sine tutore permaneret, nullius roboris esset haec patris voluntas, utpote pupillorum utilitati, et publicis legibus contraria. Haec quidem lex, ut plures sentiunt, instar conditionis apponi potest, itaut, si tutores habeat, legato, vel hereditate privetur; quam tamen a Principe facile remittendam censent; nisi forte singularia adjuncta aliud suadeant.

(1) *D. l.* 2. §. *Quid si pater* 25.

§. 1616.

Demum, quamvis poenae remissio fiat matri, quae aetate minor tutorem non petiit, ob infirmum aetatis defectu animi judicium (1); non tamen admittitur, si ignorantiam alleget, vel imperitiam (2): et merito; neque enim culpae expers esse potest ignorantia haec; cum naturalis ratio matrem satis admoneat, ut vel ipsa tutelam gerat, vel, si recuset, impuberibus liberis tutorem curet (3).

(1) *L.* 2. *cod. Si adversus delictum.* (2. 35.) *V.* §. 1260.
(2) *Nulla eis ignorantia juris ad evitanda legibus, vel sacris constitutionibus definita, si petitionem tutoris minus curaverint, profutura. L. ult. cod. hoc tit.*

(3) *Argum. l. Venia Edicti 2. cod. De in jus vocando (2. 2.), ubi ne rusticis quidem indulgetur, qui patronum venia non petita in jus vocaverint; quia naturalis ratio, hujusmodi personis honorem deberi, ostendit. An autem poena haec privationis contra matrem non proposita possit per heredem, et contra heredem intentari, negant aliqui. Quod opportunius alibi expendemus.*

Inst. l. 1. tit. 22. ff. l. 26. tit. 1. Cod. l. 5. tit. 60.

TITULUS XVIII.

Quibus modis tutela finitur.

Instit. lib. 1. tit. 22. *Quibus modis tutela finitur.*
Digest. lib. 26. tit. 1. *De tutelis.*
Cod. lib. 5. tit. 60. *Quando tutor., vel curator. esse desinant.*

SUMMARIA.

Explicatur ordo in hac materia servandus, et ordinis ratio. §. 1617.

Finitur tutela sex modis, pubertate, mutatione status, morte, existente die, vel conditione, justa excusatione, aut accusatione suspecti. §. 1618.

1. *Finitur pubertate, quae nunc ex annorum numero dijudicatur, rejecta corporis inspectione.* §. 1619.

Tutor tamen non debet, deserere administrationem, priusquam curatores fuerint constituti; et praecipue judicia coepta perficere tenetur. §. 1620.

Heres etiam tutoris, et tutor heredis litem coeptam persequi possunt. §. 1621.

Quilibet etiam administrator potest, gerere non tantum necessario connexa cum praecedenti administratione, sed et quae utilitatem sunt allatura. §. 1622.

2. *Finitur tutela capitis deminutione quacumque in pupillo; maxima ex media in tutore.* §. 1623.

Quid de tutela legitima statuendum, si minima capitis deminutio tutori intervenerit? §. 1624.

3. *Morte pupilli, vel tutoris. Sed tutor mortuo pupillo gerere debet, donec pupilli heredibus bona tradiderit.* §. 1625.

Heredes quoque tutoris, quamvis in tutela non succedant, negotia a defuncto inchoata prosequi debent. §. 1626.

4. *Finitur existente die, vel conditione: videlicet in tutela testamentaria.* §. 1627.

Atque his casibus ipso jure ex singulari caussa desinit tutoris officium §. 1628.

De excusatione, et suspecti accusatione remissive §. 1629.

Si curatores tutoribus adjuncti sint, pubertate finitur quoque eorum officium. §. 1630.

§. 1617.

Postquam tutelae naturam explicavimus, ejusque diversas species, tum et modos, quibus tutores constituuntur, ordo postulat, ut de modis disseramus, quibus finitur tutela, atque postea de curatoribus agemus eadem methodo, quam de tutoribus tractando servavimus: expendendo scilicet, quid sit cura, quae sint ejus species, quomodo constituantur curatores, et quomodo desinant. Quibus explicatis, inquiremus tutorum, et curatorum munera, et jura, quae eadem fere omnium sunt; tum et caetera, quae tutoribus, et curatoribus, pupillis, et minoribus promiscue conveniunt (1). Postremo tandem loco de iis, qui ad tutores accedunt, vel qui in minorum numerum referri solent, quales sunt communitates, ecclesiae, breviter agendum erit.

Inst. l. 1. tit. 21. ff. l. 26. tit. 1. Cod. l. 5. tit. 60. (1) *Paululum quidem a Justiniani ordine recedimus: sed necessaria, vel utilis saltem videbitur immutatio haec cuique attendenti, convenientius esse, ut prius tradantur, quae specialia sunt tutelae, tum quae speciatim ad curam pertinent: postremo, quae utrique officio communia sunt; ita enim facilius singula percipientur simul congesta, quam seorsim pertractata: tum et hinc fiet, ut semel explicare sufficiat, quae alioquin iterari deberent.*

§. 1618

Finitur tutela, vel sanctione legis, vel judicis auctoritate. Legis sanctione quatuor modis desinit: pubertate, mutatione status, seu capitis deminutione pupilli, aut tutoris, morte alterutrius, demum existente conditione, vel adveniente die. Judicis auctoritate finem habet tutela per justam excusationem, vel per suspecti accusationem.

§. 1619.

1. Finitur tutela adveniente pubertate (1). Veteres dissentiebant, utrum pubertas ex annorum numero, an potius ex corporis inspectione definienda esset. Proculejanis placebat, ex corporis inspectione eandem dimetiri (2): contra Cassiani existimabant, ex aetate tum masculos, tum foeminas indistincte puberes fieri, aut viripotentes. Atque eorum sententiam amplexus Justinianus constituit, ut masculi, post completum decimumquartum annum, puberes: foeminae vero, post completum duodecimum, viripotentes habeantur (3).

(1) *Princ. inst. hoc tit., l. ult. cod. eod. tit.*

(2) *Non sane ex inhonesta corporis observatione, quemadmodum insinuare videtur Justinianus in l. ult. cod. hoc tit.; sed ex corporis externo aspectu, et vigore, quo conjici possit, idoneum esse aliquem liberorum procreationi; neque enim probabile est, penes Romanos viguisse hujusmodi definiendae pubertatis rationem, honestati, et bonis moribus contrariam; maxime quia nemo est ex Romanorum rerum scriptoribus, qui hanc consuetudinem commemoret.*

(3) *D. princ. inst., et d. l. ult. Cur autem brevior aetas in foeminis, quam in masculis requiratur, vulgo haec ratio traditur; quia foeminae liberorum procreationi prius, quam masculi idoneae sunt; utpotequae infirmiorem corporis habitum a natura sortitae fuerint, et ideo citius crescant; sicut et in plerisque animantibus contingit, quae, quo citius complementum accipiunt, eo sunt infirmiora.*

§. 1620.

Quamvis autem tutela pubertate finiatur, non tamen deserenda est a tutore administratio, priusquam minori curator fuerit constitutus, saltem quoad ea negotia, quae priori tutelae connexa sunt (1), nec deseri possunt, quin damnum patiatur pupillus: veluti si de pupillo in judiciis defendendo agatur (2); futurum alioquin, ut tutor ipse teneatur, et litem suam faciat (3); quia, ut scripsit Ulpianus, officium tutorum, nonnisi curatoribus constitutis, finem accipit (4); atque ideo Imperatores constituerunt, ut tutores pupillum puberem factum admoneant, ut sibi curatorem petat (5).

(1) *L. Ita autem 5. §. Si tutor 5. ff. de administr. et peric. tut.* (26. 7.), *l. Si tutor 13. ff. de tutel., et rat. distr.* (27. 3.)

(2) *Tutores, qui necdum administrationem ad curatores transtulerunt, defensioni causarum pupillarium adsistere, oportere, saepe rescriptum est. L. unic. cod. ut caus. post pubert. adս. tut.* (5. 48.). *Fab. cod. eod. tit. lib. 5. tit. 29 def 2.*

(3) *Ut tradunt vulgo pragmatici, et colligunt ex d. l. un. cod. Ut caus. post pubert. ads. tut.*

(4) *L. A tutoribus 33. §. 1. ff. de admin., et peric. tut.* (26. 7.)

(5) *D. l. Ita autem 5. §. Si tutor 5. ff. de administr. et peric. tut.*

§. 1621.

Quinimo non tantum tutor, sed et ejus heres, imo et tutor heredis, qui defunctus

sit, litem a tutore coeptam, nec peractam persequi potest (1), si nullus alius tutor sit; quamvis enim tutor heredis non sit alterius pupilli tutor, ejus tamen tutelam gerit, qui defuncti nomine liti assistere debet, donec redditae sint rationes; vel saltem donec, alius tutor, vel curator constitutus fuerit. Inst. l. 1. tit. 22. ff. l. 26. tit. 1. Cod. l. 5. tit. 60.

(1) *Fab. cod. Ut caus. post pub. lib.* 5. *tit.* 29. *def.* 1.

§. 1622.

Atque hinc colligit Faber, tutorem, curatorem, et quemlibet administratorem finito officio non tantum posse, ea gerere, quae ex praecedentis officii necessitate dimanant; sed et quae propter connexionem cum eo utilitatem sunt allatura; saltem ex aequitate, et consuetudine satis communiter recepta; ne grave damnum pupillus, aut universitas patiantur, si nemo sit, qui eorum bona administret (1).

(1) *Fab. cod. d. lib.* 5. *tit.* 29. *def.* 3.

§. 1623.

2. Finitur tutela capitis deminutione, quaecumque pupillo contingat: adeoque etiam minima, quae adrogatione fit; quia inde pupillus potestati patris adrogantis subjicitur, et consequenter a tutoria liberatur (1). Sola autem maxima, aut media status mutatio in tutore, qua libertas, vel civitas amittatur, tutelae finem imponit (2).

(1) §. *Sed et capitis* 4. *inst. hoc tit.*

(2) *D.* §. 4. *inst. hoc tit.*

§. 1624.

Excipitur tutela legitima, quam per minimam capitis deminutionem perire, tradit Justinianus (1). Quamquam jure novissimo, quo sublata est agnationis, et cognationis differentia (2), vulgo tradunt interpretes, per minimam capitis deminutionem tutoris non desinere tutelam legitimam, eo innixi fundamento, quod per hanc status mutationem jus cognationis, veluti naturale, non perit (3). Sed infirmum videtur hujusmodi argumentum; quia, si fingatur tutor in alienam familiam per adrogationem transferri, naturalia quidem, tum agnationis, tum cognationis jura retinet, non autem civilia, quibus tutela continetur: neque enim ex agnato cognatum fieri jure affirmabitur, sicuti supponunt, qui sentiunt, per minimam capitis deminutionem in tutore non finiri tutelam legitimam, quia ex posteriore jure a Justiniano inducto cognati agnatis exaequati sint. (§. 1520.)

(1) *D.* §. 4. *inst. hoc tit.*

(2) *Novell.* 118. *cap. Ex his autem* 5.

(3) §. *Quod autem* 6. *inst. de capitis deminutione* (1. 16.), §. *ult. inst. de legitima agnatorum tutela.* (1. 15.)

§. 1625

3. Desinit tutoris officium morte pupilli, vel propria ipsius tutoris (1). Equidem tutor non tenetur negotia gerere illorum, qui hereditario jure pupilli bona consecuti sunt; non tamen statim defuncto pupillo ab omni onere immunis est; aequitas enim non patitur, ut prius administrationem deserat, quam pupilli heredibus rationes reddiderit; vel saltem iis tradiderit omnia, quae ad pupillum pertinuerant; ne in gravis damni periculum conjiciantur.

(1) §. *Simili modo* 3. *inst. hoc tit.*

§. 1626.

Eadem ratione, quamvis tutore mortuo heredes ejus in tutela non succedant, si legitimam excipiamus, quae ad liberos, tanquam proximiores deferri, potest (1); quia tutela, quemadmodum et cura personale officium est, adeoque personam non egreditur (2); negotia tamen a defuncto inchoata perfici ab heredibus debent, donec alius pupillo tutor constitutus sit (3). Hinc appellationem a defuncto tutore, vel curatore introductam ab herede prosequendam, recte tradit Hermogenianus, donec rationes reddiderit (4),

Inst. l. 1. tit. 22. ff. l. 26. tit. 1. Cod. l. 5. tit. 60.

adeoque tutor, vel curator fuerit constitutus. Sed de his infra opportunior erit dicendi locus.

(1) *L. Tutela* 16. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *L.* 1. §. *ult*, *l. ult.* §. 1. *ff. de munerib., et honorib.* (50. 4.)

(3) *Quamvis heres tutoris tutor non est, tamen ea, quae per defunctum inchoata sunt, per heredem, si legitimae aetatis, et masculus sit, explicari debent. L.* 1. *ff. de fidejus. tutorum.* (27. 7.)

(4) *Tutor si in negotio pupilli provocaverit, vel curator in adulti: heres ejus, antequam reddat rationes, appellationis caussam persequi debet. L. Tutor* 27. *ff. de appellat.* (49. 1.)

§. 1627.

4. Demum legis potestate, seu potius defuncti, a quo tutor nominatus fuerat, voluntate, finitur tutela existente conditione, vel veniente die; videlicet in iis casibus, quibus ita datus fuerit tutor testamento, ut statim quidem administret, sed ab administratione cesset, si adscripta conditio impleatur (1); vel in tutelae munere per definitum dumtaxat temporis spatium permaneat (2); quod testatoribus licere, non autem judicibus, supra demonstravimus. (§. 1456.)

(1) §. *Sed etsi* 2. *inst. hoc tit.*, *l. Si adrogati* 14. §. *ult. ff. hoc tit.*

(2) *L. Tutor datus* 8. §. *Tutorem* 2. *ff. de testam. tutel.* (26. 2.)

§. 1628.

Atque hic singulariter receptum videtur, ut ipso jure per adventum diei, vel conditionis implementum tutoris munus desinat; quamvis in aliis caussis placuerit Romanis, tempus non esse modum solvendae ipso jure obligationis (1); quia tutelae munus non in jure, sed in facto potius consistit.

(1) §. *At si ita stipuleris* 3. *inst. de verb. oblig.* (3. 16.)

§. 1629.

Quod pertinet ad modos, quibus auctoritate judicis tutela finitur, nempe per justam excusationem, vel suspecti accusationem (1); quia plura sunt in iis singillatim perpendenda, ideo Justiniani exemplo seorsim alibi de iis dicemus (2).

(1) §. *ult. inst. hoc tit.*

(2) *Tit. de excusationib. tutor.*, *et tit. de suspectis tutoribus.*

§. 1630.

Unum tantum adnotamus, in ea specie, qua curatores tutoribus adjuncti sint, pubertate pupilli non modo tutorum, sed et hujusmodi curatorum officium finiri: atque alios minori curatores dandos esse (1); cum enim curatores hi sint veluti vicarii tutorum, quibus opem ferre in administratione debent, aequum est, ut, desinente principalis officio, etiam finem habeat munus ejus, qui accessorii vice fungitur.

(1) *Si curatores tutoribus adjuncti sunt, pubertate pupilli, tam tutorum, quam curatorum adjunctorum officium finiri: adeoque alios propter aetatis infirmitatem curatores esse dandos, manifestissimum est. L.* 1. *ff. hoc tit.*

FINIS TOMI PRIMI.

INDEX TITULORUM

JUXTA RERUM SERIEM.

LIBER PRIMUS.

INDEX TITULORUM

ORDINE ALPHABETICO DIGESTUS.

P

Q

R

S

T